

FINANSINSTITUSJONERS FRARÅDNINGSPLIKT VED LÅNEOPPTAK

FRA ULOVFESTEDE PRINSIPPER TIL FINANSAVTALELOVEN

Kandidatnummer: 436
Leveringsfrist: 25.04.2007

Til sammen 17 891 ord

24.04.2007

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Om oppgaven	1
1.2	Avgrensning	1
1.3	Den videre fremstilling	2
1.4	Rettskilder	2
1.4.1	Generelt om rettskildene	2
1.4.2	Om forarbeidene	3
1.4.3	Om uttalelser fra Bankklagenemnda – relevans og vekt	5
<u>2</u>	<u>DEFINISJONER</u>	<u>7</u>
2.1	Innledning	7
2.2	Finansinstitusjon	7
2.3	Forbruker	8
2.3.1	Forholdet til juridiske personer	8
2.3.2	Forholdet til næringsdrivende	9
2.4	Låneavtale	10
<u>3</u>	<u>OM FRARÅDNINGSPLIKTEN</u>	<u>12</u>
3.1	Hva frarådningsplikten innebærer	12
3.2	Hensyn bak frarådningsplikten	13
3.3	Behovet for en frarådningsplikt	14
3.4	Aktualitet	16

3.5	Frarådningsplikten i tall	17
<u>4</u>	<u>OPPLYSNINGSPLIKTEN</u>	<u>18</u>
<u>5</u>	<u>VURDERINGSGRUNNLAGET</u>	<u>21</u>
<u>6</u>	<u>FRARÅDNINGSPLIKTEN FØR FINANSAVTALELOVEN</u>	<u>26</u>
6.1	Innledning	26
6.2	Utgangspunkt - begrepet ”håpløst foretagende”	27
6.2.1	Avtaleloven § 33	28
6.2.2	Ulovfestet lojalitetsplikt	29
6.2.3	Avtaleloven § 30	32
6.3	Avtaleloven § 36 – den generelle lempingsregel	32
6.4	Virkning av manglende frarådning	34
6.5	Bruk av § 47 på eldre avtaler	35
<u>7</u>	<u>FRARÅDNINGSPLIKTEN ETTER FINANSAVTALELOVEN § 47</u>	<u>37</u>
7.1	Innledning	37
7.2	De ulike kriteriene i finansavtaleloven § 47	38
7.2.1	Økonomisk evne	38
7.2.2	Andre forhold	42
7.3	Når inntreffer frarådningsplikten?	46
7.3.1	Tidspunkt	46
7.3.2	Terskel	48
7.4	Formkrav	49
7.5	Virkning av manglende frarådning	51
7.5.1	Momenter som skal vektlegges	52

7.5.2	Den konkrete rimelighetsvurderingen	52
7.5.3	Graden av lemping	55
7.6	Spesielle typer låneavtaler	55
7.6.1	Sosiallån	55
7.6.2	Fleksilån	57
7.6.3	Kredittkjøp	59
<u>8</u>	<u>KONKLUSJON/AVSLUTNING</u>	<u>61</u>
<u>9</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>63</u>

1 Innledning

1.1 Om oppgaven

Temaet for denne oppgaven er finansinstitusjonenes frarådningsplikt ved utlån til forbrukere. I tillegg til å fokusere på frarådningsplikten etter gjeldende rett, som er hjemlet i finansavtaleloven¹ § 47, ønsker jeg å sammenligne finansinstitusjoners forpliktelser overfor låntaker henholdsvis før og etter at finansavtaleloven trådte i kraft. Jeg vil dessuten legge vekt på å få frem hensynene rundt og en del av regelverket som kanskje ligger litt på siden av frarådningsplikten, for på den måten å kunne belyse denne bedre.

Selv om en del av oppgaven er å vise utviklingen i frarådningsplikten med særlig vekt på eventuelle endringer ved ikrafttreddelsen av finansavtaleloven, vil det ikke hele veien gjennom oppgaven være mulig eller ønskelig å holde nåværende og tidligere regler helt atskilte. Prinsipper og uttalelser som kom i stand *før* finansavtaleloven har vært med på å utvikle både utarbeidelsen og tolkningen av loven. Jeg vil gjennom oppgaven vise at frarådningsplikten har hatt en utviklingslinje minst fra 50-tallet og frem til i dag. Det er altså ikke tale om én ordning før finansavtaleloven, og en fullstendig annen ordning etterpå. Gjennomgangen tar også for seg hvilken innvirkning generelle prinsipper og avtalerettslige reguleringer kan ha på den lovbestemte frarådningsplikten i dag.

1.2 Avgrensning

Jeg avgrenser mot kausjonsforhold, jfr. finansavtaleloven § 60. Dette fordi et kausjonsforhold vanligvis involverer en tredjepart som kommer med en ensidig ytelse istedenfor det gjensidig bebyrdende kontraktsforhold en låneavtale er. Fremstillingen er

¹ Lov om finansavtaler og finansoppdrag av 25. juni 1999 nr. 46

videre begrenset til utlån til forbrukere, da utlån til næringsdrivende ikke er omfattet av finansavtaleloven § 47. Oppgavens hovedfokus er hva som utløser frarådningsplikten, da det nok er dette området som er mest uklart. For å få en mer fullstendig oversikt vil jeg likevel også ta for meg *virkningene* av at en eventuell frarådningsplikt ikke er fulgt.

Selv om jeg avgrenser mot frarådningsplikt ved kausjon vil jeg likevel nevne noen rettsavgjørelser og uttalelser som hovedsakelig går på kausjon. Begrunnelsen for dette er både at de illustrerer generelle poenger ved den nye finanslovgivningen og at hensynene bak og utformingen av frarådningsplikten ved kausjon på mange måter er lik den ved låneavtaler.

1.3 Den videre fremstilling

Jeg skal først gjennomgå noen av rettskildene som brukes i oppgaven. Videre vil jeg se på partsforholdene som er aktuelle, henholdsvis långiver (finansinstitusjon) og låntaker (forbruker), samt kravene til en låneavtale etter loven. Jeg vil så presentere frarådningsplikten samt bakgrunn og hensyn rundt denne. Deretter følger en gjennomgang av finansinstitusjonenes opplysningsplikt og ansvaret for vurderingsgrunnlaget for frarådningsplikten. Til slutt kommer hoveddelene i oppgaven: Frarådningsplikt henholdsvis før og etter finansavtaleloven, etterfulgt av en konklusjon.

1.4 Rettskilder

1.4.1 Generelt om rettskildene

Som jeg kommer tilbake til senere i oppgaven var tidligere tiders plikt til å fraråde låneopptak knyttet opp mot generelle prinsipper, og ikke mot spesiallovgivning. Med andre ord fulgte frarådningsplikten av blant annet avtalelovens ugyldighetsregler og hadde sitt utgangspunkt i at låneformålet måtte være et "håpløst foretagende" før en frarådningsplikt

kunne statueres.² Jeg vil derfor på dette området hovedsakelig måtte støtte meg til de rettsavgjørelser som finnes, samt uttalelser fra Bankklagenemnda. Videre finnes det også noe teori om temaet, men denne er forholdsvis begrenset. Selv om det ikke finnes mye tidligere teori knyttet til selve frarådningsplikten, er teorien rundt avtalelovens regler svært omfattende, og det er til en stor grad prinsippene herfra som er brukt for å statuere en frarådningsplikt etter eldre rett.

Det finnes heller ikke mye teori om finansavtaleloven siden denne er såpass ny, men forarbeidene drøfter frarådningsplikten forholdsvis inngående, se punkt 1.4.2. I tillegg til en begrenset mengde teori er det også forholdsvis få saker som har nådd langt i rettssystemet. Spesielt foreligger lite Høyesterettspraksis. Sakene jeg tar utgangspunkt i for å se nærmere på hvordan frarådningsplikten blir praktisert er derfor hovedsakelig underrettsavgjørelser og ikke minst uttalelser fra Bankklagenemnda. På tross av den korte tiden det er siden finansavtaleloven trådte i kraft har det rukket å komme en del uttalelser fra Bankklagenemnda om finansavtaleloven § 47. Det er som nevnt også en del uttalelser om den tidligere praksis. I mangel på domstolsavgjørelser vil disse få en bred gjennomgang. Når det gjelder rettskildemessig verdi av Bankklagenemndas uttalelser, se punkt 1.4.3.

Som nevnt er en gjennomgang av hva som utløser en frarådningsplikt henholdsvis før og etter finansavtaleloven hovedformålet med denne oppgaven. For en slik vinkling er det naturlig at de avgjørelser som finnes får en sentral plassering i gjennomgangen. Der det finnes teori vil jeg selvfølgelig også ta denne i bruk.

1.4.2 Om forarbeidene

For de endringer som ble innført med finansavtaleloven så finnes det en del materiale i forarbeidene. Disse vil derfor bli mye brukt i gjennomgangen av finansavtaleloven § 47. Dette gjelder spesielt NOU 1994:19 Finansavtaler og finansoppdrag (heretter "NOU").

² Se punkt 6.2

Finansavtalelovens NOU står i den spesielle situasjon at flertallet blant utrederne (Banklovkommisjonen) *ikke* gikk inn for en frarådningsplikt ved låneavtaler.

I Ot.prp. nr. 41 (1998-1999) Finansavtaleloven (heretter ”Ot.prp.”) fulgte departementet opp flertallets syn om å *ikke* innføre en frarådningsplikt, selv om de også argumenterte for det motsatte synspunkt, jfr. punkt 9.4.3; ”Forslaget om en frarådningsplikt fremstår som et egnet virkemiddel for å tvinge institusjonene til å være mer restriktive. Det sentrale vil, som også mindretallet understreker, være regelens forebyggende virkning ved at man tvinger institusjonene til å ”tenke seg bedre om”, noe som igjen vil føre til at institusjonene avstår fra å yte lån i en del tilfeller.” Som motargument til innføring av en frarådningsplikt anførte departementet blant annet at en slik regel vil virke konfliktskapende grunnet de skjønsmessige elementene som nødvendigvis er involvert. Dette fordi det ble ansett som sannsynlig at den ville bli påberopt i et høyt antall tilfeller fordi det generelt ville være fristende for låntakere med betalingsproblemer å benytte regelen.

I Innst.O. nr. 84 (1998-99) Finansavtaleloven punkt 9.4 gikk justiskomiteen likevel inn for innføring av en frarådningsplikt, og støttet seg her på mindretallets vurderinger i NOUen. Komiteens flertall så det som naturlig at en frarådningsplikt blir lovregulert, selv om den allerede tildels kunne utledes av eksisterende regler. Det ble argumentert med at det er finansinstitusjonene som sitter inne med kompetanse, erfaring og vurderingsevne i forhold til økonomisk ansvarlighet av et låneopptak, og at de færreste forbrukere sitter inne med tilsvarende kunnskap. Komiteen fremmet dermed forslag om finansavtaleloven § 47, og denne ble vedtatt.

Dermed har man den noe spesielle situasjon at det er NOUens mindretall som er de gjeldende forarbeidene. Så vidt jeg har kunnet se er det verken i teori³ eller praksis argumentert spesielt for at dette skal føre til at disse forarbeidene tillegges mindre vekt enn ellers. Jeg kan heller ikke selv se noen grunn til at man skulle legge mindre vekt på

³ Blant annet Eckhoff (2001) kapittel 3

forarbeidene i en slik situasjon. Når Stortinget vedtar lover baserer de seg i stor grad på forarbeidene. Stortinget har i dette tilfellet funnet argumentene til mindretallet tilstrekkelige til å slå igjennom overfor både anbefalingene fra NOUens flertall og departementets vurderinger i Ot.prp. Man kan kanskje si at Stortinget i kraft av sin lovgivningskompetanse har autorisert mindretallets uttalelser. Jeg kan derfor vanskelig se at mindretallets vurderinger bør tillegges mindre vekt enn forarbeider generelt. Når det gjelder forarbeidenes generelle rettskildevikt er praksis ikke helt entydig, men det er ingen tvil om at de er relevante tolkingsmomenter, som også undertiden kan være utslagsgivende.⁴

1.4.3 Om uttalelser fra Bankklagenemnda – relevans og vekt

Bankklagenemnda er forbrukernes klagenemnd i saker knyttet til bank, finans og verdipapirfond. Tvisteløsningsorganet er etablert av Finansnæringens Hovedorganisasjon, Sparebankforeningen i Norge, Finansieringsselskapenes Forening, Verdipapirfondenes Forening og Forbrukerrådet, jfr. hovedavtalen for Bankklagenemnda § 1-1.⁵ Bankklagenemndas uttalelser er kun rådgivende, jfr. hovedavtalen § 2-3.

Når det gjelder rådgivende, men domsstolslignende nemnder generelt, vises det til dommen i Rt. 1984 s. 248. Dette var en sak hvor Næringslivets Konkurranseselectvalg hadde kommet med en rekke uttalelser på sakens område tidligere. Næringslivets Konkurranseselectvalg er eldre enn Bankklagenemnda, men har en langt mer begrenset praksis. Høyesterett uttalte at ”De responsa som avgis av et organ som Næringslivets konkurransevalg binder ikke domstolene, selv om jeg er enig i at det ofte vil være naturlig å tillegge dem betydelig vekt”.

På bakgrunn av det ovennevnte er det klart at Bankklagenemndas uttalelser må tillegges en viss vekt. Banklovkommisjonen har også flere ganger i NOUen lagt vekt på praksis fra Bankklagenemnda som argument for sine vurderinger. Det kan selvfølgelig likevel stilles

⁴ Eckhoff (2001) side 77-83

⁵ Hovedavtale for Bankklagenemnda

spørsmål ved rettskildeverdien av nemndas uttalelser. Viggo Hagstrøm, som for øvrig er leder av nemnda, deler rettskildeverdien av dens uttalelser inn i tre deler.⁶ For det første gjør antallet saker at nemnda er blitt det sentrale tvisteløsningsorgan mellom forbrukere og banker. Sammenlignet med det store antallet saker i nemnda er praksis for domstolene svært begrenset, og har dessuten langt fra berørt alle de rettsområder som sakene forelagt for Bankklagenemnda har gjort. Dette kan særlig gjelde saker der tvistegjenstandens størrelse er begrenset, men likevel angår mange enkeltkunder. Samlet kan likevel slike mindre tvisteområder, som for eksempel gebyrer, utgjøre store summer.

Videre er det klart at nemnda kun kan treffe avgjørelser innenfor gjeldende rett, men dersom denne er åpen eller uklar har nemndas avgjørelser stor rettskildeverdi – særlig om det er truffet flere avgjørelser på samme område. Til slutt nevner Hagstrøm at nemndas praksis vil ha innvirkning ved lovgivningsarbeid. Nemndas praksis ble tatt med i arbeidet med utformingen av finansavtaleloven, og Hagstrøm mener det er grunn til å tro at nemndas uttalelser vil være en premissleverandør også ved ytterligere lovregulering av nemndas område.

Det er ellers klart at de avgjørelser som kommer i Bankklagenemnda har en rettsskapende (normativ) virkning også ved at de følges lojalt opp av finansinstitusjonene. Etter hvert kan praksis da gå over til å bli sedvane eller såkalt privat praksis, som er en rettskildefaktor som blir hensyntatt også hos domstolene.⁷ Bankklagenemndas uttalelser blir fulgt av finansinstitusjonen i de aller fleste tilfeller. For eksempel var det i 2006 kun seks saker hvor avgjørelsen ikke ble fulgt av institusjonen.⁸ Ingen av disse gjelder frarådningsplikten.

⁶ Hagstrøm (2000) side 10 følgende

⁷ Se for eksempel Eckhoff (2001) side 244 følgende

⁸ Årsberetning 2006 for Bankklagenemnda side 1

2 Definisjoner

2.1 Innledning

Da jeg i denne oppgaven skal ta for meg frarådningsplikten slik den fremkommer i finansavtaleloven § 47, er det viktig å få avklart noen av begrepene som benyttes der. Jeg skal gå igjennom betydningen av henholdsvis *finansinstitusjon*, *forbruker* og *låneavtale*. I og med at praksis før finansavtaleloven er knyttet til ulovfestede prinsipper og generelle lovregler vil det ikke være hensiktsmessig å ha en tilsvarende gjennomgang for den delen.

Til tross for dette er det ingen grunn til å tro at betydningen etter tidligere rett vil avvike i stor grad fra betydningen i finansavtaleloven. Det kan likevel tenkes unntak, spesielt kan nevnes forbrukerbegrepet, da det etter de ulovfestede reglene ikke var et krav at parten som påberopte seg frarådningsplikten var forbruker. For frarådningspliktens kjerneområder tror jeg ikke dette vil ha så mye å si, da låntaker var forbruker også i de fleste tilfellen hvor frarådningsplikten var påberopt etter eldre rett.

2.2 Finansinstitusjon

I finansavtaleloven § 47 siktes det til långivers plikter. Långiver er ”finansinstitusjon eller lignende institusjoner” som driver med ”avtaler og oppdrag om finansielle tjenester”, jfr. finansavtaleloven § 1 (1).

For definisjon av finansinstitusjon slås det i NOU side 93-94 fast at begrepet finansinstitusjon skal forstås på samme måte i lovutkastet som det gjøres i finansieringsvirksomhetsloven⁹ §§ 1-3 og 1-4. Her inkluderes spare- og forretningsbanker,

⁹ Lov om finansieringsvirksomhet og finansinstitusjoner av 10. juni 1988 nr. 40

selskap eller annen institusjon som omfattes av lov om forsikringsvirksomhet, finansieringsforetak, kredittinstitusjoner og filialer av slike.

I finansavtaleloven § 1 (2) listes ”lignende institusjoner” opp, og disse inkluderer statsbank, finansmeglerforetak, finansagent, finansrådgiver og samvirkeforetak med mer. Dessuten er lån fra kommune og fylkeskommune regulert av lovens kapittel 3, som blant annet inkluderer frarådningsplikten, jfr. § 1 (4). Jeg vil komme tilbake til hvordan dette slår ut for såkalte sosiallån (kommunale lån) senere i oppgaven.¹⁰

Når det gjelder institusjoner som er unntatt, nevner jeg spesielt at Statens lånekasse for utdanning etter forskrift gitt i medhold av finansavtaleloven § 1-5-b, er fritatt for frarådningsplikten.¹¹

2.3 Forbruker

Finansavtaleloven § 47 sikter til låneavtale som ”inngås med en forbruker eller lånet utbetales til denne”. Det er da viktig å avklare hva som menes med forbruker i denne sammenhengen, både fordi det er avgjørende for hvem som kan påberope seg frarådningsplikten, og fordi det i finansavtalelovens § 2 (1) bestemmes at loven ikke kan fravikes til skade for en forbruker.

2.3.1 Forholdet til juridiske personer

I finansavtaleloven § 2 (1) defineres forbruker i denne sammenheng som ”en fysisk person når avtalens formål for denne ikke hovedsakelig er knyttet til næringsvirksomhet.” I NOU side 95 uttales det at denne definisjonen ligger meget nær forbrukerbegrepet i rådsdirektiv 87/102 /EØF om forbrukerkreditt, som har en definisjon som er identisk med de

¹⁰ Se punkt 7.6.4.1

¹¹ FOR 2000-06-30 nr 653: Forskrift om unntak fra og tilpasninger til lov 25. juni 1999 nr. 46 om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven) for Statens lånekasse for utdanning

definisjoner som gjennomgående er benyttet i andre forbrukerdirektiver fra EU.

Banklovkommisjonen var enig om at også fysisk person som ”opptrer på vegne av en organisert gruppe”, som for eksempel foreldregrupper og syklubber, skal omfattes av forbrukerbegrepet. Borettslag og sameier er ikke inkludert.¹²

2.3.2 Forholdet til næringsdrivende

Finansavtaleloven § 2 (1) fastsetter positivt hva som anses som forbruker, og grupper som faller utenfor denne definisjonen anses dermed som næringsdrivende.¹³ Når det gjelder avgrensning mot næringsvirksomhet heter det i finansavtl. § 2 (2) siste punktum at ”[b]estemmelsene i kapittel 3 kan ikke fravikes til skade for låntakeren dersom låntakeren er en fysisk person, og lån eller lignende kreditt er sikret ved pant i et formuesgode som tilhører låntakeren uten at godet hovedsakelig er knyttet til låntakerens næringsvirksomhet”. Det mest praktiske tilfellet her er hvor låntaker opptar lån til næringsvirksomhet med sikkerhet i sin privatbolig, se blant annet Rt. 2004 side 156 og LE-2003-14787. Finansavtaleloven § 47 inngår i lovens kapittel 3, og det er derfor et spørsmål om forbrukerbegrepet i § 47 må utvides til å også omfatte dette tilfellet. Etter ordlyden i § 2 (1) er avtale som hovedsakelig er knyttet til næringsvirksomhet spesifikt utelatt av forbrukerdefinisjonen. Ser man kun på ordlyden taler de to bestemmelsene for hver sin løsning. Spørsmålet er hva som da skal gjelde.

Denne problemstillingen var som nevnt oppe i Rt. 2004 side 156. Saken omhandlet en mann som opptok lån på til sammen 2,45 millioner kroner mot sikkerhet i sin bolig.

Låneformålet var at låntaker ønsket å involvere seg i forretningsvirksomhet. Lånet ble misligholdt, og låntakers bolig solgt på tvangsauksjon etter begjæring fra banken. Låntaker gikk til sak, og anførte at banken etter § 47 burde frarådet ham lånet i egenskap av å være forbruker på bakgrunn av bestemmelsen i § 2 (2). Høyesteretts kjæremålsutvalg uttalte at § 47 er begrenset til å gjelde låneavtaler med forbrukere, og låne- og garantiavtalene i denne

¹² Ot.prp. nr. 41 (1998-99) punkt 6.2.3

¹³ Eirik H. Vinje (2006) side 300

saken ble inngått som ledd i næringsvirksomhet. Førstvoterende konkluderer med at § 2 (2) siste punktum ”kan ikke medføre noen utvidelse av anvendelsesområdet for § 47”. Det vil si at næringsdrivende med pant i personlig eiendom, for eksempel bolig, på tross av ordlyden i § 2 (2) *ikke* er omfattet av frarådningsplikten.

For finansavtaler som løper over tid kan det være et spørsmål om en endring av status fra låntaker til næringsdrivende eller omvendt. Dette kan tenkes der avtalevilkårene endres til en slik grad at det må være tale om en ny avtale.¹⁴ Se likevel BKN-05133, hvor en tømrer som hadde pådratt seg kroner 800 000 i gjeld gjennom sin virksomhet nedla virksomheten og refinansierte gjelden som et vanlig lån. Bankklagenemnda kom her til at dette ikke kunne føre til at låntaker fikk status som forbruker, da lånet i sin helhet gikk til dekning av gjeld pådratt gjennom virksomheten. Jeg har ikke funnet noen andre saker som omhandler dette, og for å få en endelig avklaring må det nok avventes mer praksis fra domstolene.

Det synes noe uklart om det kan stilles et krav om at det må være synbart for finansinstitusjonen at låntaker er forbruker. NOU på side 96 sier at det *ikke* kreves at det skal være synbart for institusjonen at det dreier seg om en forbrukeravtale. Reelle hensyn tilsier likevel at dette ikke kan gjelde i alle tilfeller. For eksempel vil lojalitetsplikt og et ønske om å unngå svikaktig oppførsel måtte ramme et tilfelle der en forbruker dikter opp en status som næringsdrivende fordi han vet at han vil få mer i lån da. En slik situasjon vil vel uansett kunne rammes av avtalelovens regler. En viss undersøkelsesplikt for institusjonen må likevel kunne legges til grunn.¹⁵

2.4 Låneavtale

Finansavtaleloven § 47 statuerer frarådningsplikt ved låneavtaler i visse tilfeller, men uten å definere nærmere hva som ligger i ”låneavtale”. Finansavtaleloven § 44, som angir virkeområdet for lovens kapittel 3, angir i første ledd kapittelet til å gjelde ”for avtaler om

¹⁴ Vinje (2006) side 303

¹⁵ Se punkt 5

lån hvor finansinstitusjoner eller lignende institusjoner som nevnt i § 1 annet ledd er långiver”. I andre ledd utvides dette til å også gjelde ”tilsvarende for lignende kreditt, men likevel ikke for kreditt som omfattes av kredittkjøpsloven”. Se nærmere om denne grensedragningen i punkt 7.6.3.

Regelen i andre ledd tar sikte på å sikre at andre kreditter enn typiske utlån undergis samme regler, samt for å hindre at lovens bestemmelser omgås, for eksempel ved at långiverens fordring transporteres til en finansinstitusjon etter at avtale er inngått.¹⁶

Banklovkommisjonen sier at finansavtalelovens regler må bli gjeldende også ”selv om låneavtalen formelt sett ikke er inngått mellom låntakeren og en finansinstitusjon [...] dersom en finansinstitusjon likevel er den reelle långiver”.¹⁷ Det sistnevnte kan være for eksempel i det nok ikke særlig praktiske tilfellet at en annen forbruker står som långiver på papiret, mens det reelt sett er en finansinstitusjon som låner ut pengene.

Dersom en fordring blir overdratt gjelder reglene i finansavtalelovens kapittel 3 ”tilsvarende i forholdet mellom låntakeren og den som fordringen blir overdratt til, når ikke annet er fastsatt i lov”, jfr. § 45 (2). Overdragelse kan uten særskilt samtykke bare skje til andre finansinstitusjoner, jfr. § 45 (2). Finansinstitusjonen kan etter omstendighetene være avskåret fra å overdra fordringen etter låneavtalen.¹⁸

¹⁶ NOU 1994:19 side 156

¹⁷ NOU 1994:19 side 156

¹⁸ NOU 1994:19 side 157

3 Om frarådningsplikten

3.1 Hva frarådningsplikten innebærer

Frarådningsplikten inntreffer når man er i en kontraktsforhandlingssituasjon om en låneavtale mellom forbruker og finansinstitusjon. Finansavtaleloven § 47 innebærer at institusjonen har plikt til å fraråde forbrukeren å ta opp lånet dersom den ”må anta at økonomisk evne eller andre forhold på låntakerens side tilsier at denne alvorlig bør overveie å avstå fra å ta opp lånet”. Finansinstitusjonen skal i så fall ”skriftlig underrette låntakeren” om sin frarådning. Gjør långiver ikke dette kan låntakerens forpliktelser lempes så vidt dette finnes rimelig, jfr. § 47 i.f. Med dette bryter frarådningsplikten med to grunnleggende prinsipper i kontraktsretten. Det ene er avtalefriheten, og det andre er at kontrakter skal holdes, jfr. forøvrig NL-5-1.¹⁹

Selv om finansavtaleloven § 47 innebærer en plikt til å *fraråde* lånet følges dette ikke opp av et forbud mot å *yte* lånet.²⁰ Banklovkommisjonen uttaler at ”når låntakeren er advart om motforestillingene, vil begge parter være klar over den betydelige risiko som foreligger”. Det fremholdes at dette til og med kan være den intenderte løsning for eksempel dersom foreldre yter kausjon til sitt barn, og alle parter er inneforstått med at det er foreldrene som til syvende og sist vil måtte tre støttende inn. Her kan nevnes Bankklagenemndas uttalelse BKN-06101, hvor låntaker prosederte på at bankens frarådning av lånet fordi det var for dyrt for klager i seg selv ikke var nok, og at frarådningsplikten i så fall var rent illusorisk. Dette ble fullstendig avvist av Bankklagenemnda. Se likevel NOU side 56 hvor det nevnes at frarådningen etter forholdene kan være for vag.

¹⁹ Kong Christian den Femtis Norske Lov av 15. april 1687

²⁰ NOU 1994:19 side 54

I visse spesielle situasjoner kan altså alle parter bevisst kan gå inn i en låneavtale vel vitende om at det er fare for at låntaker ikke kan betjene. Banklovkommisjonen sier likevel at *hovedformålet* med frarådningsplikten er å hindre at låntaker tar opp lån som han sannsynligvis ikke vil makte å betjene på vanlig måte. Her bør finansinstitusjonens sakkunnskap og erfaring komme forbruker til del i form av frarådning når dette er på sin plass.²¹

3.2 Hensyn bak frarådningsplikten

Den kanskje viktigste grunnen til opprettelsen av Banklovkommisjonens mandat synes å være økt forbrukerbeskyttelse. Det generelle utgangspunkt var som nevnt i 3.1, også i forhold til forbrukere, avtalefrihet ved utforming av vilkårene for de finansielle tjenestene. Dette innebar at vilkårene i stor utstrekning kunne fastsettes ensidig fra finansinstitusjonenes side.²² De generelle skranker som for eksempel avtaleloven²³ § 36 fantes riktignok, men disse dekte bare delvis opp for forbrukernes problemer.²⁴

Hovedformålet bak mindretallets forslag om en frarådningsplikt var ”å hindre at låntaker tar opp lån som denne sannsynligvis ikke vil makte å betjene på vanlig måte”.²⁵ Videre sies det at ”[a]lminnelige prinsipper om redelighet og god tro må [...] tilsi at långiver som må anta at nødvendig økonomisk styrke mangler hos låntakeren, sier klart ifra”. Disse hensyn på forbrukerens side må ses i sammenheng med at institusjonen er den profesjonelle part og må forutsettes å ha ekspertise og kunnskaper som en vanlig forbruker ikke har. Denne erfaringen bør da også komme forbruker til gode.

²¹ NOU 1994:19 side 54-55

²² Smith (1989) side 7

²³ Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer av 31. mai 1918 nr. 4

²⁴ Smith (1989) side 7

²⁵ NOU 1994:19 side 54

Et annet hensyn bak frarådningsplikten var å fremme rettferdighet mellom kreditorene.

Mindretallet i banklovkommisjonen kom inn på dette i NOU side 55.

Gjeldsordningsloven²⁶ og dekningsloven²⁷ bygger på et prinsipp om at kreditorene prioriteres likt når de først er av samme art eller med samme prioritet. Det vil si at dersom kreditor A gir et fullt forsvarlig usikret lån i mai, og kreditor B gir et usikret lån i november, som på det tidspunkt blir for mye for kunden å bære fordi mengden kreditter blir for stor, så vil begge kreditorer fremdeles få forholdsmessig like mye igjen ved gjeldsordning eller konkurs. En frarådningsplikt vil kunne forhindre dette ved at avkortning foretas i kreditor Bs krav etter lempingsadgangen i § 47, mens kreditor A beholder sin fordring uavkortet.²⁸

I forbindelse med dette må det nevnes at gjeldsordningsloven ble endret i 2003, da dens § 4-8 (i) trådte i kraft. Etter denne bestemmelsen kan ”gjeld som stammer fra lån eller en kreditt som åpenbart skulle ha vært frarådet i henhold til finansavtaleloven § 47” gis dårligere dekning enn andre krav. Men det er altså bare snakk om de åpenbare forsømmelser.

3.3 Behovet for en frarådningsplikt

Banklovkommisjonen ble opprettet i 1990 for å gjennomgå finanslovgivningen med sikte på modernisering, samordning og revisjon. Kommisjonen mandat har blitt utvidet flere ganger, og den har til dags dato lagt frem 16 utredninger. Den første av disse var NOU 1994:19, som danner bakgrunnen for finansavtaleloven. Banklovkommisjonens mandat er dels basert på Carsten Smiths problemnotat om saken²⁹.

²⁶ Lov om frivillig og tvungen gjeldsordning for privatpersoner av 17. juli 1992 nr. 99

²⁷ Lov om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven) av 8. juni 1984 nr. 59

²⁸ NOU 1994:19 side 55

²⁹ Smith (1989), forord

I notatet går Smith nærmere inn på bakgrunn og begrunnelse for en helhetlig gjennomgang av finanslovgivningen. Blant annet skriver han at daværende lovgivning var oppsplittet og lite oversiktlig. Han viser til at det på 80-tallet hadde foregått en utvikling innen penge-, kreditt- og valutamarkedene som skaper behov for en ny og bred gjennomgang av lovgivningen. Dette inkluderer blant annet økt kredittytelse, større grad av internasjonalisering, at nye grupper i samfunnet ble brukere av finanstjenester samt at ny teknologi førte til store endringer.³⁰

En samlet regulering av finansavtaler og finansoppdrag var en nyskapning også internasjonalt. Norge står foreløpig alene med en samlet regulering av alle sentrale kontraktstyper innenfor dette området.³¹ I den sammenheng kan det nevnes at det arbeides med et nytt forbrukerkredittdirektiv i EU. Dette har blitt utsatt flere ganger, men forventes etter de seneste signaler å være klart høsten 2007.³² Dette er et såkalt totalharmoniseringsdirektiv,³³ noe som kan medføre at visse bestemmelser i finansavtaleloven må tilpasses. Så vidt jeg har forstått gjelder dette ikke § 47.

En frarådningsplikt kan i utgangspunktet fremstå som overflødig, da det ikke vil være økonomisk lønnsomt for finansinstitusjoner å gi lån til personer som man ikke tror vil ha mulighet til å betale dette tilbake. Dette var da også flertallet i Banklovkommisjonens standpunkt, men det var mindretallets synspunkt som ble fulgt opp av lovgiver³⁴.

Dersom frarådningsplikten kun inntreffer i de tilfeller der det er usannsynlig at forbruker kan betale tilbake lånet, ville nok behovet for den vært mindre. Frarådningsplikten går imidlertid lengre, idet den kan inntreffe for eksempel i tilfeller hvor låntaker nok kan betale for seg, men som følge av det vil få en særdeles stram økonomi, eller i tilfeller hvor lånet

³⁰ Smith (1989) side 2-4

³¹ Bergh (2000) side 324

³² Ot.prp.nr.23 (2006-2007) Om lov om endringer i forbrukerkjøpsloven mv., blant annet side 63

³³ Ot.prp.nt.23 (2006-2007) side 63

³⁴ Se punkt 1.4.2

skal gå til formål som helt klart ikke vil lønne seg for forbruker. Det kan også være at høye renter og omkostninger for forbruker ved lånet gjør at banken tar en kalkulert risiko for å oppnå høyest mulig profitt. En annen situasjon hvor finansinstitusjonen kan tenkes å gi lånet selv om de må anta at forbruker ikke kan betjene dette, er i tilfeller hvor lånet er sikret gjennom betryggende pant eller kausjon. Disse enkelthetene vil diskuteres nærmere under punkt 6 og 7.

3.4 Aktualitet

Det er noen forhold ved dagens situasjon i finansmarkedet som det kan være grunn til å tro kan føre til et større antall tvister mellom finansinstitusjoner og forbruker fremover. Det ene er renteøkningen. Norges Banks styringsrente³⁵ har blitt satt opp på hvert rentemøte siden mars 2004, og ifølge ekspertene er det ingenting som tyder på at dette skal stanse. Man har ikke vært i en tilsvarende situasjon etter at finansavtaleloven trådte i kraft. Dette aktualiserer spørsmålet om rentens forhold til frarådningsplikten. Hvor mye renteøkning må finansinstitusjonene kalkulere med når de vurderer om de skal fraråde eller ikke? Jeg vil komme nærmere tilbake til dette i punkt 7.2.1

Et annet forhold som har blitt mer aktuelt de siste årene er de stadig nye kanalene man kan få lån igjennom. Det reklameres med at det er bare å ta en telefon, sende en SMS, fylle ut et skjema på stand eller på internett, så har du pengene på konto umiddelbart etterpå.³⁶ Ved slike ”øyeblikkslån” må kanskje finansinstitusjonen være sin rolle som den profesjonelle part enda mer bevisst, ikke minst i forhold til en eventuell frarådning.

³⁵ Norges Banks styringsrente

³⁶ Tiltak for å bedre informasjonstilbudet til sluttbrukere i finansmarkedet side 42

3.5 Frarådningsplikten i tall

I brev til Finansdepartementet 11.12.2004³⁷ kommenterer Kredittilsynet sin boliglånsundersøkelse 2004, hvor det ble lagt spesiell vekt på bankenes informasjon til kundene om følgene av renteøkninger og bankenes frarådningsplikt. Her ble det oppgitt at antallet tilfeller hvor lån blir frarådet er svært lavt, kun 1,6 % av lånesøknadene blir frarådet. Det kan synes som bankene i de marginale tilfellene heller avslår lånesøknaden enn å fraråde.

I brevet kommenterer også Kredittilsynet en undersøkelse av lånekundenes oppfattelse av informasjonen rundt rente- og lånevilkår. Selv om bankene selv oppgir at frarådningsprosenten var bare 1,6, oppgav 7 % av kundene at de hadde blitt frarådet låneopptak. Av disse fikk 5 av 7 likevel innvilget sin lånesøknad, mens 2 av 7 fikk innvilget et lavere beløp. Grunnen til at kundene oppgir en større hyppighet av frarådning enn finansinstitusjonene selv er sannsynligvis en ulik oppfatning av hva en frarådning innebærer. Så godt som alle bankene i undersøkelsen oppgir at de har retningslinjer for hvordan frarådningsplikten i §§ 47 og 60 (kausjon) skal utøves. Jeg har ikke funnet tall på bruken av frarådningsplikten i boliglånsundersøkelser fra etter 2004.

³⁷ Angående utlån til husholdninger

4 Opplysningsplikten

I tillegg til en plikt til å fraråde, som på mange måter er en opplysningsplikt i seg selv, har også finansinstitusjonen plikt til å gi visse andre opplysninger til låntaker. Dessuten kan det være at dersom opplysningsplikten overholdes så kommer man ikke engang så langt som til at frarådningsplikten aktualiseres, fordi forbruker selv innser at han ikke bør ta opp lånet. Problemstillingen her er hva finansinstitusjonen er pliktig til å opplyse om utenom en eventuell frarådning.

Det er en rekke steder i finansavtaleloven statuert opplysningsplikt fra finansinstitusjon til forbruker. Opplysningsplikten ved låneavtaler inkluderer blant annet lånesum, rente, gebyrer, oversikt over avdragene og informasjon om rett til førtidig tilbakebetaling, jfr. § 46. Sannsynligvis måtte det meste av dette også opplyses om etter eldre rett. Spørsmålet blir da om, og i så fall i hvilken grad, opplysningsplikten må utvides til å gjelde mer enn disse ”standardopplysningene” om lånet.

Opplysningsplikten kan synes mer aktuell i tilfeller der lånet ikke kan anses som ordinært. BKN-97008 gjaldt et forhold som kan minne om kausjon. De to klagerne var her ansatt hos samme arbeidsgiver som underordnede funksjonærer. For å forbedre arbeidsgivers likviditet gikk de på hans initiativ med på å ta opp hvert sitt personlige lån som deretter ble stilt til rådighet for arbeidsgiver. På dette tidspunkt var banken, som også var arbeidsgivers bankforbindelse, tilbakeholden med å gi selskapet mer lån, på bakgrunn av at den kjente til selskapets dårlige økonomiske situasjon. Bankklagenemnda stilte seg tvilende til om banker i det hele tatt bør medvirke til en slik type avtale, og dersom lånet skulle ytes måtte banken i alle fall antas å ha en utvidet opplysningsplikt. Denne kan innebefatte for eksempel informasjon om risiko ved en eventuell konkurs samt årsregnskaper for selskapsgruppen. Banken måtte derfor slette restgjelden i dette tilfellet.

Rt. 1994 side 1288 omhandler en sak der tre søsken undertegnet gjeldsbrev for deler av morens gjeld for å hjelpe henne økonomisk samt motta skattefordeler av hjelpen. Klagerne hevdet at banken ved gjeldsoverføringen måtte ha en utvidet opplysningsplikt. Det at banken forbedret sin stilling ved gjeldsoverdragelsen skjerper dens krav til aktsomhet, uttalte Høyesterett. En utvidet opplysningsplikt kunne da være aktuell. Denne inkluderer likevel ikke vurderinger av situasjonen og risikoen som også låntakerne selv hadde oppfordring til og forutsetninger for å foreta.³⁸

Brudd på opplysningsplikten vil etter min vurdering sannsynligvis ikke kunne anføres som et selvstendig grunnlag under finansavtaleloven § 47, siden paragrafen er direkte knyttet opp mot ”forhold på låntakerens side”, og ikke nevner unnlater fra finansinstitusjonen. Sannsynligvis vil en slik sak være ledsaget av for eksempel at økonomisk evne tilsa at lånet ikke burde opptas, eller eventuelt en påstand om at ikke overholdt opplysningsplikt må føre til at avtalen er ugyldig etter andre regler.

Ellers kan opplysningsplikten tenkes påvirket av kyndighet på låntakers side. I flere saker har Bankklagenemnda lagt vekt på at låntaker har vært lite forretningskyndig eller lignende. Det kan da også tenkes en omvendt situasjon, hvor finansinstitusjonens opplysnings-/ undersøkelsesplikt kan lempes på bakgrunn av særlig kyndighet hos låntaker.

Ett eksempel på dette er BKN-03071, som riktignok gjaldt overføring av en pensjonsforsikring, og ikke et lån. Pensjonspengene ble i samråd med kunden overført til en såkalt Unit Link IPA, altså i ulike fond. Fondene sank i verdi, og klager mener at banken i utgangspunktet burde advart mot denne typen sparing i hans situasjon, og uansett at den burde initiert omplassering eller i alle fall gitt klarere uttrykk for mulighetene for dette etter hvert som tapene økte. Nemnda la avgjørende vekt på at kunden var tidligere selger av forsikringsprodukter og derved må ha hatt en innsikt utover det vanlige på dette området,

³⁸ Dommen side 1293

blant annet at det står mye viktig i det skriftlige materialet rundt produktet. Kunden burde selv ha vurdert omplassering da han så at verdiene sank, og kundens manglende aktivitet var dermed helt dominerende årsak i hendelsesforløpet. Han måtte derfor bære tapet selv.

Jeg synes ikke Bankklagenemndas slutning her er uproblematisk. Én ting er å tillegge det vekt at låntaker er lite forretningskyndig,³⁹ noe annet er å la kunnskaper utover det vanlige hos låntaker telle i bankens favør. Dette er en uthuling av forbrukerbeskyttelsen som loven er ment å gi (selv om det i dette tilfellet ikke var tale om finansavtaleloven), og jeg finner det tvilsomt om en slik slutning ville stått seg under frarådningsplikstens virkeområde.

³⁹ Se for eksempel BKN-91111

5 Vurderingsgrunnlaget

Frarådningsplikten etter finansavtaleloven § 47, og for så vidt også etter tidligere regler, består i at långiver vurderer ulike forhold på låntakers side, og deretter om nødvendig fraråder lånet. Problemstillingen her er hvilket vurderingsgrunnlag som må være tilstede for låntakers forhold, og hvordan dette skal fremskaffes. Er det tilstrekkelig å kun forholde seg til de opplysninger som låntaker fremsetter som den hele og fulle sannhet, eller er institusjonen forpliktet til å foreta videre undersøkelser? Og hva utløser i så fall en undersøkelsesplikt, og hva omfatter den?

For det første skal jeg se på om institusjonen har plikt til å undersøke faktaopplysninger (inntekt, stønader, takst på bolig etc.) som kunden kommer med, og for det andre er spørsmålet om det eksisterer en plikt til å vurdere lånets formål. Videre er det et spørsmål om undersøkelsesplikt i forhold til fremtidige endringer på låntakers side. Dessuten skal jeg se på hvilke krav som kan stilles til kundens opplysninger. Er det tilstrekkelig å svare på finansinstitusjonens spørsmål, eller må kunden også opplyse om andre forhold som han må anta vil kunne være relevante i lånevurderingen? I denne sammenheng er det også en problemstilling hva som blir konsekvensene dersom låntaker ikke forteller sannheten.

Finansinstitusjonenes plikt til å fremskaffe vurderingsgrunnlaget (undersøkelsesplikten) og låntakers plikt til å bidra til dette er ikke fastsatt i finansavtaleloven, men følger for en stor del av rettspraksis. Det tilsier at vurderingsmomentene i stor grad er de samme både før og etter ikrafttreddelsen av finansavtaleloven. Det finnes likevel uttalelser i forarbeidene som gir noen retningslinjer for vurderingen etter finansavtaleloven, og disse kan tenkes å utgjøre en viss forskjell ved vurderingen henholdsvis før og etter finansavtaleloven.

Forarbeidene⁴⁰ pålegger ikke finansinstitusjonen aktivt å innhente opplysninger. Det antas likevel at institusjonene i egen interesse har rutiner for forsvarlig kredittprøving. Dette må uansett antas å følge også av alminnelige krav til god bankskikk.⁴¹ I det videre vil jeg se på praksis rundt fremskaffing av vurderingsgrunnlaget, for å søke å fastsette noen rammer rundt den såkalte undersøkelsesplikten. Bankens plikt til å vurdere lånets formål vil jeg komme tilbake til i punkt 7.2.2.1 nedenfor.

Banken kan ha en utvidet plikt til å undersøke forholdene nærmere dersom det er spesielle omstendigheter rundt lånet. I Rt. 1995 side 1540 var saken at en kvinne hadde stilt sikkerhet for et lån opptatt av hennes sønn og dennes samboer. Høyesterett avgjorde at hennes forpliktelser skulle lempes blant annet som følge av at lånet ikke hadde vært ordinært, ettersom det var et boliglån hvor låneopptaket hadde vært høyere enn kjøpesummen for boligen. Et slikt ikke-ordinært lån burde i alle fall fordre en nærmere undersøkelse av låntakernes økonomiske forhold.⁴² I Rt. 1995 side 245 uttales det at ”særlige omstendigheter kan [...] tilsi en aktiv opptreden fra finansinstitusjonens side”.

Forhold som bevisst holdes skjult av låntaker kan likevel i de fleste tilfeller ikke lastes finansinstitusjonen. I BKN-00001 (egentlig om kausjon) fant nemnda at låntakers faktiske økonomiske situasjon nok var så svak at han burde ha blitt frarådet lånet. Da dette likevel ikke ble resultatet var grunnen at låntakers svake økonomi til dels skyldtes et større skattekrav, som han hadde holdt skjult for både kausjonist og bank. I BKN-03097 sies det da også klart at feilaktige opplysninger gitt av låntaker må være låntakers egen risiko. Likevel kan ikke åpenbart urealistiske forventninger om fremtidig inntekt legges til grunn av finansinstitusjonen. Se om dette også i punkt 7.2.1.

Selv om opplysninger bevisst holdes skjult av låntaker, må det forventes at finansinstitusjonen har en viss oversikt over lover og regler. I BKN-02024 hadde en

⁴⁰ NOU 1994:19 side 55

⁴¹ NOU 1994:19 side 55

⁴² Dommen side 1547

uføretrygdet mann store planer om forretningsvirksomhet i Ukraina, som skulle føre til gode ekstrainntekter. Banken kunne likevel ikke legge til grunn at klager i så fall ville få en større ekstrainntekt enn 1G (cirka 50 000 kroner), som er grensen for hva man kan tjene uten å få kutt i stønaden. Et lignende tilfelle var oppe i BKN-02104 (om kausjon). Nemnda fant at banken ved sin kredittvurdering hadde satt opp den ene låntakeren med en betydelig ekstrainntekt hver måned i form av overgangsstønad. Dette selv om det var åpenbart at hun ikke var enslig forsørger siden hun bodde sammen med barnefaren, og dermed ikke hadde krav på stønaden. Familiens allerede stramme økonomi gjorde at banken da burde ha etterprøvd dette.

Når det gjelder forhold som ingen kunne kjenne til, har lagmannsretten uttalt i LG-2006-35260 at dette må låntaker være nærmest til å lastes for, i alle fall når forholdet er på hans side. I tillegg ble det uttalt at ”han fremstod som en låntaker som var vel klar over hvilke forpliktelser han gikk inn på og den risiko som var forbundet med disse”. Det sistnevnte, altså at kyndighet på låntakerens side kan medføre en noe mindre omfattende opplysnings- og undersøkelsesplikt for finansinstitusjonen, har også vært oppe i flere saker. Se blant annet omtalen av BKN-03071 under punkt 4. I LB-2002-3697 er det nevnt som moment at låntaker var bistått av advokat. Kyndigheten trenger altså ikke nødvendigvis ligge hos låntaker personlig. Se ellers min kommentar i punkt 4 på at det faktum at kyndighet på forbrukers side tillegges vekt ikke er uproblematisk

I NOU⁴³ tar mindretallet opp hvordan finansinstitusjonen bør forholde seg dersom den kommer over taushetsbelagte opplysninger som er relevante for låntaker, for eksempel hvor banken også er låntakers arbeidsgivers bank, og i den forbindelse har kjennskap til en snarlig konkurs hos arbeidsgiver. Kommisjonen mener at banken da enten må innhente samtykke til å gi opplysningene, eller avslå kreditten. Jeg har ikke funnet noen saker om dette fra etter finansavtalelovens ikrafttredelse, men et lignende tilfelle var oppe i BKN-92045. Her var det samme bank som både innvilget låntaker et billån og var bilselgers

⁴³ NOU 1994:19 side 55

bankforbindelse. Straks kontantsummen var innbetalt og innbyttebilen levert, men før den nye bilen var utlevert fra leasingselskapet som hadde den, sa banken opp selgers kassekreditt og tiltrådte pantet i kjøpers innbyttebil. Han fikk verken den nye eller gamle bilen, og heller ikke sin kontantsum tilbake. Det var ikke de samme personer i banken som hadde foretatt alle beslutningene, men nemnda foretok en identifikasjon mellom ulike avdelinger i samme selskap, og kom til at det forelå et uaktsomt forhold. For å omgå taushetsplikten mente nemnda at banken kunne forsinke lånesøknaden noen dager til forholdet til bilselgeren var avklart. Både i eksempelet fra NOU og i denne uttalelsen fra Bankklagenemnda kan det synes som låntaker vil få en tilfeldig fordel ved at en viss bank benyttes. Likevel har hensynet til lojalitetsplikten⁴⁴ vunnet frem i nemndas uttalelse.

Selv om frarådningsplikt etter finansavtaleloven bare er aktuelt frem til lånet er utbetalt,⁴⁵ kan det se ut som det i visse tilfeller kan eksistere en etterfølgende undersøkelsesplikt. I BKN-05122 tok en mann opp lån til kjøp av bolig. Lånet ble gitt med forutsetning om at den gamle boligen skulle selges. Dette ble ikke gjort, og klager anførte at banken burde ha fulgt opp denne forutsetningen, blant annet fordi låntaker var en noe ”spesiell person”. Nemnda antok at banken ”i spesielle tilfeller kan ha en plikt til nærmere å følge opp en låntaker i en situasjon som her”. Det ble likevel ikke statuert en slik undersøkelsesplikt i dette tilfellet.

En slik etterfølgende opplysningsplikt er etter mitt skjønn ikke opplagt. Jeg er usikker på om det kan medføre riktighet at banken etter at lån er avtalt og utbetalt har en plikt til å følge opp at forutsetningene for lånet blir fulgt. Dette kan i alle fall ikke fastslås ut fra frarådningsplikten, men må eventuelt komme fra den ulovfestede lojalitetsplikt. Jeg mener likevel at en slik etterfølgende undersøkelsesplikt faller utenfor lojalitetspliktens område. Det vil føre for langt og være for arbeidskrevende for finansinstitusjonen å skulle foreta slike oppfølgende undersøkelser. Se også omtale av BKN-05063 under punkt 6.2.1.

⁴⁴ Se også punkt 6.2.2

⁴⁵ Se punkt 7.3.1

Flesteparten av eksemplene stammer fra før finansavtaleloven. Selv om vurderingstemaene nok blir mye de samme kan uttalelser i NOU⁴⁶ tyde på at bankens plikt ble skjerpet ved ikrafttreddelsen av finansavtaleloven. Finansinstitusjonen må også ta hensyn til "[k]jente og sannsynlige fremtidige regelendringer eller endringer i låntakerens situasjon". Dette inkluderer blant annet varslede innstramminger i skattereglene eller endringer i rammebetingelser for den aktuelle næringsutøvelse forbruker driver. Denne må i så fall representere en markert risiko sett fra låntakers side, og rent hypotetiske tilfeller vil ikke falle under her. Noe annet ville vært en svært streng og komplisert norm å forholde seg til for långiver. Frarådningsplikten er jo i seg selv en vurdering av et fremtidig faktum, nemlig hvorvidt låntaker vil være i stand til å betjene sitt lån på vanlig måte, og skal sann sett uansett ta høyde for endringer i låntakers situasjon. For grensen mot rådgivningsvirksomhet, se punkt 7.2.2.1.

⁴⁶ NOU 1994:19 side 55

6 Frarådningsplikten før finansavtaleloven

6.1 Innledning

Så vidt jeg har kunnet se har ikke begrepet ”frarådningsplikt” vært brukt i noen saker før finansavtaleloven. Begrepene har vært blant annet lojalitetsplikt, god bankskikk, ugylldighet, urimelighet og så videre. Dette kan likevel ikke skape noen særlig praktisk forskjell, blant annet fordi Banklovkommisjonen viser til de tidligere reglene i sin gjennomgang av frarådningsplikten. Dessuten har nok rettspraksis en tendens til å ikke skape nye begreper, men heller å knytte resultatet man kommer frem til opp mot eksisterende regler.

Frarådningsplikten slik den er utformet i finansavtaleloven, altså en frarådning av selve lånet grunnet forhold på låntakers side, var tidligere hovedsakelig knyttet opp mot begrepet ”håpløst foretagende”, herunder ulovfestet lojalitetsplikt og avtalelovens § 33. For å få en mest mulig fullstendig oversikt over ulike hjemler, og fordi Banklovkommisjonen uttaler at også avtalelovens §§ 30 og 36 hjemler en frarådningsplikt, har jeg også en gjennomgang av disse. For den videre gjennomgang presiseres det at for en del av sakene er det blitt anført flere hjemler for frarådningsplikten, slik at det ikke nødvendigvis er så lett å karakterisere saken under det ene eller andre punkt. Jeg har likevel i det følgende forsøkt på en oppdeling som jeg håper er hensiktsmessig for å få en oversikt over de ulike vinklingene på frarådningsplikten før finansavtaleloven.

Det må dessuten nevnes at de hjemler som er listet opp i dette punktet også kan påberopes for nyere saker, som alternative eller sidestilte til finansavtaleloven § 47.

6.2 Utgangspunkt - begrepet "håpløst foretagende"

Det var som nevnt ovenfor ingen lovfestet frarådningsplikt ved låneopptak før finansavtaleloven. Støtte for en tidligere frarådningsplikt fant man isteden i ulovfestede eller mer generelle avtalerettslige prinsipper og lovbestemmelser. Det er ingen tvil om at det helt klare utgangspunktet var kontraktsfrihet, der hver av partene var nærmest til å bære risikoen av sine egne forutsetninger. Problemstillingen er her å finne ut når man gjorde unntak fra denne regelen, ved at den ene part ble pålagt en frarådningsplikt overfor den andre.

I hovedsak har frarådningsplikt som ble statuert før finansavtaleloven sitt utgangspunkt i Rt. 1959 side 1048.⁴⁷ Saksforholdet var en småbruker som kjøpte en større landbrukseiendom, men ikke klarte å skaffe til veie kjøpesummen. I utgangspunktet må dette da være kjøpers egen risiko. I dette tilfellet gjorde Høyesterett likevel unntak fra denne regelen fordi selger forstod at kjøper "åpenbart ikke kunne oppfylle kontrakten".⁴⁸ Selger var svært forretningskyndig, mens kjøper hadde liten erfaring i så måte. Det var et prosjekt som kjøper hadde satt hele sin tilværelse inn på, og det var derfor enda mer nødvendig at selger gikk forsvarlig frem. Kjøper hadde "liten evne til å vareta sine egne interesser", og hadde blant annet "ingen forståelse av vanskelighetene med å skaffe lån av den størrelsesorden det her var snakk om". I det hele tatt hadde kjøper innlatt seg på et "håpløst foretagende",⁴⁹ og Høyesterett fant at opprettholdelse av kontrakten ville være i strid med avtalelovens § 33.

Utgangspunktet om "håpløst foretagende" legger terskelen for en frarådningsplikt svært høyt, og har etter dette blitt et utgangspunkt for frarådningsvurderingen før finansavtaleloven. Begrepet er blitt benyttet mange ganger, både av Bankklagenemnda og domstolene, og har som nevnt i innledningen blitt særlig knyttet opp mot avtaleloven § 33 samt den ulovfestede lojalitetsplikt i kontraktsforhold.

⁴⁷ Se også NOU 1994:19 side 54

⁴⁸ Dommen side 1052

⁴⁹ Dommen side 1052

6.2.1 Avtaleloven § 33

I tillegg til lojalitetsplikten, som dels dekker de samme tilfeller, var altså avtaleloven § 33 den mest brukte hjemmel for å statuere en frarådningsplikt før finansavtaleloven. Den kom da også inn i loven for å favne et vidt område, og for å forhindre at avtalelovens andre regler skulle oppfattes som uttømmende.⁵⁰ Avtaleloven § 33 statuerer at "[s]elv om en viljeserklæring ellers måtte anses for gyldig, binder den ikke den, som har avgitt den, hvis det paa grund av omstændigheter, som forelaa, da den anden part fik kundskap om erklæringen, og som det maa antages, at han kjendte til, vilde stride mot redelighet eller god tro, om han gjorde erklæringen gjeldende". Det vil si at det etter § 33 ikke er et vilkår for ugyldighet at adressaten har foretatt seg noe aktivt for å fremkalle løftet, også passiv uredelighet rammes.

Avtalelovens § 33 kan ramme avtaler som for eksempel strider mot ærbarhet, tvang, svik, utnyttelse av avhengighetsforhold, misbruk av fortrolig informasjon, utilbørlig påvirkning og villfarelse.⁵¹ Den favner altså svært vidt, og det finnes omfattende teori om regelen. Som sagt er § 33 i forhold til frarådningsplikten nært knyttet til lojalitetsplikten, og eksemplene som skal nevnes under punkt 6.2.2 er derfor til en stor grad aktuelle også her. Avtaleloven § 36 har også ofte blitt anført sammen med § 33, men da helst som et alternativt vilkår, og ikke med argument om at de dekker de helt samme områder.

Det avgjørende etter § 33 er om de aktuelle omstendighetene vil gjøre at det strider mot "redelighet eller god tro" å gjøre avtalen gjeldende. Det er en vid regel, og det vil være en helhetsvurdering av hver enkelt situasjon som ligger til grunn for en anvendelse av regelen, hvor momentene som er nevnt i forrige avsnitt er blant de som må vurderes.

⁵⁰ Hov (2002) side 249

⁵¹ Hov (2002) kapittel 11

At det må være en helhetsvurdering av situasjonen som ligger til grunn kan også ses i praksis. En situasjon som isolert sett skulle ført til at banken burde frarådet låneopptaket fordi det ville være mot redelighet og god tro av banken å opprettholde en slik avtale, kan likevel etter omstendighetene godkjennes. I BKN-93070 krevde en låntaker lemping av sitt gjeldsansvar. Gjelden var oppstått i forbindelse med refinansiering av daværende ektefelles næringsgjeld, samt den felles bolig. Nemnda mener at det måtte stå klart for alle parter at selv med refinansieringen ville det være en risiko for at ekteparet ikke ville klare å betjene gjelden. Det å gjøre klager medansvarlig for ektefellens særgjeld under slike omstendigheter kan utløse en frarådningsplikt etter § 33. Nemnda fant det inntrufne likevel ikke urimelig. Dette ble begrunnet i at klager ”hadde en selvstendig interesse i å legge forholdene til rette for en bedret familieøkonomi”.

Som nevnt har vurderingene av ”håpløst foretagende” i praksis ofte vært knyttet opp mot § 33. Denne vurderingen kan likevel ikke legge hele ansvaret for ”foretagendet” på finansinstitusjonen. Saken BKN-95063 gjaldt en låntaker som ønsket å bedre sin generelle likviditet. Det ble opptatt flere lån, blant annet til en livrente som låntaker fikk utbetalt løpende. På grunn av låntakers dårlige økonomiske stilling ble det forutsatt at en del av de løpende utbetalingene måtte gå til dekning av hennes gjeldsforpliktelser. Dersom dette ble gjort ville låneopptaket ikke være et slikt ”håpløst foretagende” som det statueres i Rt. 1959 side 1048. Låntaker valgte imidlertid å la livrenteutbetalingene gå utelukkende til forbruk istedenfor å betale ned på lånene. Det kunne ikke være bankens ansvar at hun ikke brukte utbetalingene som forutsatt. Dette kan sammenlignes med etterfølgende undersøkelsesplikt som omtalt i punkt 5.

6.2.2 Ulovfestet lojalitetsplikt

Utgangspunktet om kontraktsfrihet har sine skranker blant annet i den ulovfestede lojalitetsplikten i kontraktsforhold. Lojalitetsplikten peker hen på et generelt krav til aktsomhet og lojalitet kontraktsparter imellom.⁵² Kontrakter har en vekselvirkning mellom

⁵² Rt. 1988 side 1078, på side 1084

partene som gjør at man må ta hensyn også til den annen part. Sakene som har blitt anført under dette synspunkt har i de fleste tilfeller blitt anført også under avtaleloven, vanligvis § 33. Det er likevel en ugyldighetsskranke som står på egne ben, og den er derfor med som eget punkt i denne oversikten.

Det kan være vanskelig å definere hva som ligger i denne lojalitetsplikten, som er en helhetsvurdering av ulike momenter i hver enkelt situasjon. I alle fall er styrkeforholdet mellom partene et viktig punkt,⁵³ noe som er svært relevant for en frarådningsplikt overfor forbrukere. Her er vanligvis finansinstitusjonen den som sitter med oversikt, erfaring og fagkunnskap, og dermed er den sterke part i låneforholdet. Det medfører da at det stilles strengere krav til lojalitet fra finansinstitusjonen enn fra låntaker. Dette må også ses i sammenheng med at det er institusjonen som tjener på et låneforhold gjennom rentene, selv om lånet selvsagt også er i forbrukerens interesse. Styrkeforholdet kan likevel ikke overføre all ivaretagelse av låntakers interesser til institusjonen; På ett eller annet punkt har låntaker plikt til å ivareta sine egne interesser, og banken skal tross alt tjene penger på utlånet.

En forskjell mellom frarådningsplikten etter finansavtaleloven § 47 og den ulovfestede lojalitetsplikten, er at lojalitetsplikten ikke bare gjelder ved stiftelsen av forpliktelsen, men så lenge forpliktelsen består, jfr. Rt. 1988 side 1078. Det vil si at i visse tilfeller kan lojalitetsplikten tenkes å ha en lengre rekkevidde enn § 47, i og med at den gjelder hele veien mens kontraktsforholdet løper. Høyesterett presiserer likevel at dette ikke bare gjelder finansinstitusjonen, men at også den svakere part har et ansvar, og det må stilles krav til aktsomhet og aktivitet fra dennes side, og kreditors plikter må ses i lys av hva som kan forventes av forbruker (i dette tilfellet en kausjonist).

I Tromsø Sparebank-dommen⁵⁴ avveier også Høyesterett forholdet mellom den ene parts opplysningsplikt og den andres undersøkelsesplikt.⁵⁵ Det legges vekt på at banken er en

⁵³ Hov (2000) side 42-43

⁵⁴ Rt. 1984 side 28

⁵⁵ Se også punkt 5

profesjonell institusjon. Blant annet ble det lagt til grunn at banken åpnet en kassekreditt før sikkerhet var stillet i en bedrift som gikk med betydelig underskudd, noe som ikke kunne være i tråd med vanlig bankpraksis. Banken kunne heller ikke bygge noen rett på kausjonen når ”den ikke foretok seg noe for å bringe på det rene om Kristoffersen [kausjonisten] hadde fått opplysninger som banken burde forstått måtte være relevant for hans vurdering”. Det ble antatt at kausjon ikke ville blitt stillet dersom kausjonisten hadde vært klar over de faktiske forhold, og kausjonserklæringen ble derfor ansett ugyldig etter de ulovfestede reglene om lojalitet i kontraktsforhold. Dette kan tyde på at god bankpraksis dras inn som et moment ved vurderingen av om lojalitetsplikten er overholdt. Problemet med god bankpraksis er likevel at det ikke er snakk om skrevne regler, og dessuten at standarden for god praksis kan endre seg over tid.

Formålet med lånet kan ha en innvirkning på vurderingen av frarådningsplikten. I BKN-00001⁵⁶ ble vurderingen av om lojalitetsplikten var brutt knyttet opp mot at banken inntok en slags hjelpefunksjon overfor lånetaker. Låneopptaket gjorde at han ville få det meget stramt økonomisk, og det kunne nok tenkes at långiver separat sett, som den profesjonelle part, ville hatt en frarådningsplikt. Her var likevel låntaker i en vanskelig økonomisk situasjon, og utlånet hadde preg av en slags redningsaksjon. Det var på tidspunktet for låneopptaket en tilstrekkelig grad av sannsynlighet for at redningsaksjonen ville lykkes, og banken hadde således overfor klager (låntakers kausjonist) ikke opptrådt i strid med lojalitetsreglene.

Selv om finansinstitusjonens saksbehandler ikke har, og kanskje ikke engang burde hatt, positiv kunnskap om forhold som er relevante for låntaker kan det med bakgrunn i lojalitetsplikten skje en identifikasjon mellom for eksempel ulike avdelinger i en bank. I BKN-92045⁵⁷ ble dette gjort, da nemnda foretok en identifikasjon mellom ulike avdelinger innen samme selskap, og banken måtte erstatte klagers tap.

⁵⁶ Se mer om uttalelsen i punkt 5

⁵⁷ Se mer om uttalelsen i punkt 5

6.2.3 Avtaleloven § 30

Kommisjonen sier i NOU at avtaleloven § 30 er en av tre ugyldighetsregler i avtaleloven som frarådningsplikten er en kodifikasjon av. Likevel har § 30 blitt lite brukt i praksis for å statuere en frarådningsplikt. Paragrafen hjemler tilfellene der en viljeserklæring er fremkalt ved svik, enten fra kontraktsparten eller fra en tredjemann når kontraktsparten kjente til eller burde ha kjent til forholdet. I Bankklagenemndas praksis har jeg funnet svært få saker hvor § 30 er påberopt på finansavtalelovens område.

Grunnen til at det er lite praksis rundt denne regelen er nok at § 33 har gjort den bortimot overflødig.⁵⁸ Det er for så vidt ganske naturlig, i og med at hvis den ene part har eller bør ha kjennskap til at et løfte er fremkalt ved svik vil det påvirke hans gode tro om omstendigheter ved viljeserklæringen. Da vil det gjerne også være mot hederlighet å gjøre denne gjeldende, jfr. betingelsene i § 33.

6.3 Avtaleloven § 36 – den generelle lempingsregel

Avtaleloven § 36 er en generell og omfattende lempingsregel som også tar hensyn til forhold som er inntrådt etter at en kontrakt er inngått. I likhet med lojalitetsplikten er altså tidsperioden hvor § 36 kan anvendes mer omfattende enn for finansavtaleloven § 47.

Avtaleloven § 36 hjemler at en avtale kan settes ”helt eller delvis til side eller endres for så vidt det ville virke urimelig eller være i strid med god forretningsskikk å gjøre den gjeldende”. Paragrafen regulerer med andre ord både vilkårs- og virkningssiden av en avtale. Regelen åpner både for en hel eller delvis tilsidesettelse av avtalen, men også en avtalerevidering som etter ordlyden er helt opp til rettens skjønn. Etter § 36 skal det foretas en konkret rimelighetsvurdering, og det er kontraktens samlede virkninger på oppfyllelsesstadiet som skal vurderes.⁵⁹ Det eksisterer omfattende rettspraksis rundt § 36,

⁵⁸ Hov (2002) side 201

⁵⁹ Hagstrøm (2003) side 279

men denne er ikke først og fremst knyttet til forbrukerforhold, selv om den ”må ses på bakgrunn av et ønske om å bygge ut forbrukervernet”.⁶⁰

Vurderingsmomentene er allsidige. I LA-2002-477, som forøvrig ble tiltrådt av og er samme sak som Rt. 2003 side 1252, ble det anført at banken burde frarådet en kvinne hennes låneopptak etter blant annet avtalelovens § 36. Hun hevdet seg ubundet som medansvarlig for refinansiering av ektemannens gjeld, og mente at hennes bidrag var begrenset til pant i den felles bolig. Hennes påstand var at hun ikke var klar over at hun skrev under på et gjeldsbrev, og subsidiært at banken hadde frarådningsplikt og at avtalen uansett måtte lempes etter § 36 etter en samlet vurdering av momentene i saken.

I vurderingen av § 36 uttaler retten at banken opptrådte uaktsomt da den ikke innhentet informasjon og foretok en kredittvurdering av kvinnens økonomi, og at dette sannsynligvis ville ført til at hun hadde avstått fra å undertegne gjeldsbrevet. Dette har betydelig vekt til låntakers fordel ved vurderingen under § 36. På den annen side var det all grunn til å tro at låntaker visste hva hun gjorde da hun undertegnet gjeldsbrevet, og at det derfor må foreligge en betydelig interesseovervekt i hennes favør ved benyttelse av § 36. Hun ble av den grunn ikke tilkjent noen endring eller tilsidesettelse av avtalen. Retten sier i tillegg at momenter ved vurdering av frarådning og opplysningsplikt også er relevante for å benytte § 36. Høyesterett uttalte i samme sak⁶¹ at flere omstendigheter kan komme inn i vurderingen etter avtaleloven § 36 enn etter reglene om frarådningsplikt.

I LB-2002-3697 får vi enda et eksempel på de varierte momenter som kan spille inn ved vurderingen. Saken omhandlet en uføretrygdet mann som fikk store lån for å drive svært usikker forretningsvirksomhet, og nå påberopte seg at lånene burde vært frarådet. Retten viste til sin drøftelse av lemping på ulovfestet grunnlag, og sier at alle de momentene også spiller inn ved en vurdering etter avtaleloven § 36. I rettens drøftelse foretas det en løpende avveining av relevante momenter på begge parter sider, og her særlig i forhold til låntaker.

⁶⁰ Hagstrøm (2003) side 278

⁶¹ Rt. 2003 side 1252

Resultatet av vurderingen ble her at et lån som kanskje i utgangspunktet ikke burde vært gitt likevel vurderes som akseptabelt. Momenter som trakk i denne retning var blant annet at låntaker var en viljesterk person som antakeligvis ikke ville fulgt et råd fra banken, at han var bistått av advokat i deler av prosessen, og at gjelden måtte regnes som anerkjent gjennom en ny avtale hvor en betydelig nedskrivning av gjelden ble foretatt. Andre momenter kan være at låntaker er i meget høy alder, har svak økonomi og lite forretningsmessig erfaring, jfr. blant annet BKN-91111.⁶²

6.4 Virkning av manglende frarådning

Problemstillingen her er hvilke følger det får at frarådningsplikten er brutt. Siden frarådningsplikten før finansavtaleloven ikke var lovregulert annet enn i generelle prinsipper finnes heller ikke faste reguleringer på virkningen av at en frarådningsplikt ikke er overholdt. I LB-2002-3697 uttaler lagmannsretten at "[e]t eventuelt brudd på frarådningsplikten, eller andre mangler i forbindelse med bankens kredittvurdering, kan ikke lede til mer enn en skjønnsmessig adgang til å fritta A [låntaker] helt eller delvis for låneansvaret". Lagmannsretten mener altså at selv om en frarådningsplikt er statuert har ikke låntaker noen ubetinget *rett* til lemping av sine forpliktelser.

Et klart krav for at låntaker skal kunne oppnå lemping eller erstatning må være at det har oppstått et økonomisk tap. Selv om långiver ikke skulle ha oppfylt sine forpliktelser i forbindelse med en eventuell frarådning, kan det ikke være rimelig å lempe låntakers forpliktelser kun ut fra et slags "oppdragelseskriterium". Ellers kan også nevnes for eksempel avtalelovens § 36, som sier at en avtale kan settes til side eller endres så vidt den finnes *urimelig*. Kravet om økonomisk tap nevnes også implisitt i for eksempel BKN-99036, hvor nemnda avviser en lemping fordi "klager under enhver omstendighet ikke har lidt noe økonomisk tap".

⁶² Se mer om saken under punkt 7.2.2.1

Rimelighetskriteriet tilsier i visse tilfeller også at hele gjelden må slettes. I BKN-97008, også omtalt i under punkt 4, fant nemnda at lånetypen i seg selv var et så kritikkverdig forhold fra långivers side at hele restgjelden måtte slettes. Momentene her var blant annet at det var snakk om lån til fordel for arbeidsgiver og ikke låntakerne selv, samt at banken kjente til arbeidsgivers svært usikre økonomiske situasjon og derfor ikke engang ønsket å gi bedriften mer lån selv. Mens det i den saken ble det avgjørende moment at det var snakk om risikofylt virksomhet som låntakerne ikke selv nøt direkte godt av ble den motsatte situasjon det avgjørende argumentet i BKN-93070. Låntaker signerte her på refinansiering av gjeld som også inkluderte tidligere ektefelles særgjeld. Likevel var det avgjørende momentet for nemnda at låntaker hadde en selvstendig interesse i å bedre familiens økonomi.

I Rt. 1994 side 1288 anførte saksøkerne at deres forpliktelser måtte lempes etter avtaleloven § 36 på bakgrunn av at boligprisene hadde falt og salget av boligen som tjente som sikkerhet for lånene dermed ikke dekket hele lånebeløpet. Dette ble ikke tatt til følge, fordi risikoen for et fall i boligprisene omfattes ”nettopp av den risiko som det personlige ansvaret skal dekke”. Selv om det ikke sies direkte i dommen anser jeg Høyesterett her for å foreta en konkret rimelighetsvurdering av en eventuell lemping.

6.5 Bruk av § 47 på eldre avtaler

Utgangspunktet er at ingen lover kan gis tilbakevirkende kraft.⁶³ I praksis modifiseres dette likevel noe, og spørsmålet er her om finansavtalelovens § 47 gjelder også for avtaler inngått før dens ikrafttredelse. Finansavtalelovens § 93 gir overgangsbestemmelsene for loven. Første ledd her sier at loven gjelder også for avtaler som er inngått før loven trådte i kraft, med unntak av særregler fastsatt i annet ledd. Særreglene nevner ikke § 47, og dermed skulle man tro at denne da kunne anføres også på eldre avtaler. I Rt. 2003 side 1252 sier Høyesterett derimot at saker fra før lovens ikrafttredelse ”må avgjerast ut frå dei rettsreglane som gjaldt før finansavtalelova”. Det er ikke gitt noen nærmere begrunnelse,

⁶³ Kongeriget Norges Grundlov av 17. mai 1814 § 97

men jeg antar at denne må være at frarådningsplikten spesifikt knytter seg til tidsrommet frem til låneutbetaling, og ikke til det løpende avtaleforholdet. Det vil da ikke være rimelig å anta at overgangsbestemmelsen var beregnet også på frarådningsplikten.

7 Frarådningsplikten etter finansavtaleloven § 47

7.1 Innledning

Finansavtaleloven § 47 lyder i sin helhet som følger: ”Dersom långiveren før låneavtale inngås med en forbruker eller lånet utbetales til denne, må anta at økonomisk evne eller andre forhold på låntakerens side tilsier at denne alvorlig bør overveie å avstå fra å ta opp lånet, skal långiveren skriftlig underrette låntakeren om dette. Gjør långiveren ikke det, kan låntakerens forpliktelser lempes for så vidt dette finnes rimelig.”

Banklovkommisjonens mindretall uttaler i NOU side 54 at de anser dette forslaget om frarådningsplikt ”i hovedsak å være en kodifisering av det som i dag følger av avtaleloven §§ 30, 33 og 36, samt av ulovfestede rettsregler om lojalitetsplikt i kontraktsforhold.”

Flertallet synes på mange måter enig i dette. Det uttaler blant annet at det ikke synes veldig praktisk at en finansinstitusjon yter et lån som låntakeren sannsynligvis ikke vil kunne betjene blant annet fordi det ikke samsvarer med god bankpraksis. Flertallet anså også en lovfestet frarådningsplikt for unødvendig og uheldig.⁶⁴

Selv om både flertall og mindretall i kommisjonen synes enige i at lovfestingen medfører lite nytt, kan både utformingen av regelen og rettspraksis rundt denne i etterkant tyde på noe annet. I så måte kan nevnes Rt. 2003 side 1252, hvor det uttales at finansavtaleloven § 47 på mange måter er en nyskapning.⁶⁵ Det kan uansett ikke legges avgjørende vekt på forarbeidenes uttalelser.⁶⁶ Dertil kommer at kommisjonen heller ikke er absolutt i sine uttalelser; mindretallet taler jo om en *hovedsakelig* kodifisering, og flertallets uttalelse om

⁶⁴ NOU 1994:19 side 53

⁶⁵ Se punkt 8

⁶⁶ Se punkt 1.4.2

at en lovfestet frarådningsplikt kan virke uheldig tyder jo på at den vil tilføre noe annet enn de daværende regler. Jeg vil komme tilbake til dette i punkt 8.

7.2 De ulike kriteriene i finansavtaleloven § 47

Finansavtalelovens frarådningsplikt inntreffer når långiver ”må anta at økonomisk evne eller andre forhold på låntakerens side tilsier at denne alvorlig bør overveie å avstå fra å ta opp lånet”. Kriteriene ”økonomisk evne” og ”andre forhold” er ikke nødvendigvis strengt atskilte. For eksempel kan det være en smakssak om man velger å sortere forhold som alder og liten økonomisk erfaring under henholdsvis økonomisk evne eller andre forhold. Det samme kan gjelde vurderingen av hensiktsmessigheten av bruk av midlene til bestemte forhold utover det faktum at låntaker har evne til å betjene lånet. Banklovkommisjonen synes å legge en ganske snever forståelse av ”andre forhold” til grunn.⁶⁷

Slik jeg ser det har likevel ikke selve kategoriseringen av de ulike elementene noen stor betydning. Det må ligge en helhetsvurdering til grunn. Jeg har valgt å følge forarbeidenes linje, hvor også faktorer som bare indirekte påvirker ”økonomisk evne” sorteres under dette punkt. Ulike momenter som alder, forsørgerbyrde og uførhet kan jo i høyeste grad ha noe å si for låntakerens inntektsmuligheter særlig i forhold til endringer i løpet av lånets løpetid.⁶⁸ Problemstillingen er i det videre hvilke momenter som er relevante i forhold til å utløse en frarådningsplikt, og hvordan momentene avveies mot hverandre.

7.2.1 Økonomisk evne

Banklovkommisjonen stiller i NOU⁶⁹ opp noen retningslinjer for bedømmelsen av låntakers økonomiske evne, og hvor dårlig denne må være i forhold til lånet for at frarådningsplikten skal tre inn. Som tidligere nevnt var hovedformålet med mindretallets

⁶⁷ NOU 1994:19 side 55

⁶⁸ Se også Hansen (2005) note 33

⁶⁹ NOU 1994:19 side 54-55

forslag å ”hindre at låntakeren tar opp lån som denne sannsynligvis ikke vil makte å betjene på vanlig måte”. Momentene som mindretallet så for seg var en vurdering av både lånets størrelse, renteforpliktelser og avdragsprofil. Kravet om økonomisk evne gjenspeiler nok mye det samme som en vanlig kredittvurdering.

At lånet skal kunne betjenes på vanlig måte innebærer sannsynligvis at det må kunne betjenes på løpende inntekt, samtidig som denne også skal kaste nok av seg til opprettholdelse av en nøktern livsstil. Spørsmålet om regulær tilbakebetaling var oppe i BKN-03140. Låntaker lånte her opp på sin bolig i flere omganger for å forbedre sin generelle likviditet. Nemnda kom til at finansinstitusjonens frarådningsplikt her inntrådte ”fra det tidspunkt hvor kunden ikke har midler til å betjene lånet”. Dette var da hun etter hvert måtte låne til fremtidige terminbeløp. Lånet kunne da ikke lenger betjenes på vanlig måte, jfr. forarbeidene. At lånet skal kunne betjenes på vanlig måte utelukker også at tilfredsstillende sikkerhet som pant eller kausjon er et alternativ til løpende inntekter.⁷⁰ Selv om finansinstitusjonen på denne måten har full sikkerhet for sitt krav er en innløsning av pante- eller kausjonssikkerhet klart utenfor det som må regnes som vanlig betjening.

For bedømmelsen av inntekt i forhold til gjeld når et lån opptas av flere i fellesskap, må det aksepteres at finansinstitusjonen bedømmer låntakernes samlede inntekt. Det kan ikke være nødvendig å forsikre seg om at hver av låntakerne individuelt kan betjene sin ideelle del av lånet. Dette er jo heller ikke slik det skjer i praksis. For eksempel kan det være barn inne i bildet, og at den ene da er hjemme/jobber redusert en periode. Det er klart at en slik situasjon ikke kan føre til at den hjemmевærende blir uforpliktet av låneopptaket. BKN-06092 omhandler en sak hvor klager tok opp et lån sammen med sin daværende samboer, og påberopte seg nå at banken skulle ha frarådet ham lånet. Han hadde allerede stor lånebelastning i forhold til sin inntekt, og nemnda antok at banken i dette tilfellet kunne hatt en frarådningsplikt. Når en slik likevel ikke statueres var det fordi ”paret samlet sett hadde økonomi til at lånet burde kunne betjenes”.

⁷⁰ NOU 1994:19 side 55

Utgangspunktet må være at det er inntektsopplysninger på avtaletidspunktet som legges til grunn. Likevel må låntakers opplysninger om fremtidig økning i inntekt, for eksempel gjennom forfremmelse eller en student som blir ferdig på skolen og begynner i arbeid, etter forholdene også kunne være relevante. Et annet eksempel kan være familier der den ene er hjemmeværende mens barna er små, men har spesifikke planer om å snart starte i jobb igjen. Likevel må det gå en grense ved at åpenbart urealistiske forventninger om egen inntekt ikke kan legges til grunn, jfr. punkt 5.

Visse sider ved en person eller dennes låneopptak kan gjøre at finansinstitusjonen bør være ekstra på vakt i forhold til dennes økonomiske situasjon. Et slikt forhold er vedkommendes alder. Det er grunn til å anta at finansinstitusjonene uansett vil være tilbakeholdne med å gi lån til personer i svært høy alder med dårlig likviditet og manglende sikkerhet. Det vil jo da være med markant fare for å ikke få dette tilbakebetalt. Alder kan imidlertid også spille en rolle selv om låntaker er langt fra pensjonsalder. Det var et moment i BKN-03108 at klager ville være 75 år før gjelden var nedbetalt etter nedbetalingsplanen på 25 år. Jeg antar at nemnda her sikter til at de aller fleste pensjonister har mindre penger å rutte med enn de hadde som arbeidstakere. I BKN-04108 var låntaker uføretrygdet, og nemnda antok at dette ga finansinstitusjonen en særlig aktsomhetsplikt.

Det er låntakers mulighet til å betjene lånet på vanlig måte som er relevant, og ikke hva banken måtte anta om dennes betalingsvilje. I LE-2003-5641 sier retten at betalingsanmerkninger på låntakerne er irrelevante etter frarådningsplikten. Betalingsanmerkninger sier noe om hvordan låntakerne tidligere har skjøttet sine forpliktelser, mens frarådningsplikten derimot knytter seg ”til om vedkommende i fremtiden har økonomisk *evne* til å betjene lånet” (min uthevelse).

I de tilfeller hvor økonomiske forhold begrunner en frarådningsplikt, og alle forhold rundt økonomien er klare for begge parter, er det likevel statuert unntak fra plikten når låneopptaket er nødvendig etter klanderverdig handling hos låntaker. BKN-05104

omhandler to samboeres låneopptak til bygging av bolig. Låntakerne valgte så dyre løsninger at huset ikke kunne fullføres for den avtale sum, og i tillegg var penger som etter avtalen skulle gå til nedbetaling av lånet brukt på andre ting. Banken hadde dermed valget mellom å låne ut ytterligere penger for å få huset fullført, eller å nekte opplåning og da sannsynligvis tape penger fordi huset var uferdig og langt mindre verdt. Nemnda mente det var urimelig å lempe låntakernes forpliktelser etter § 47, fordi banken ble stilt i en uforskyldt tvangslignende situasjon ved opplåningen. Selv om nemnda mente at banken nok hadde forsømt seg var ”imidlertid låntakernes forhold dominerende, og det er ikke grunn til å anta at frarådning hadde hatt noen virkning”. I denne situasjonen var det også et argument at låntaker ville ha lidd et ytterligere tap dersom huset ikke hadde blitt ferdigstilt; Et halvferdig hus vil nok gi mye lavere salgsverdi, og låntaker måtte jo uansett ha et sted å bo. Dermed var lånet ikke bare i bankens, men også i låntakers interesse.

Bankene har ulike kredittscoringssystemer som brukes for å finne ut om, og i så fall hvor mye, lån som kan tilbys låntaker. Mest relevant her er selvsagt inntekt versus samlet gjeld. Nemnda har syntes å godta flere tilfeller hvor økonomien etter låneopptaket har blitt svært stram, men likevel akseptabel. Variasjoner over hvor stram økonomi som har vært godtatt har vært grunnet blant annet i om det er snakk om ny gjeld eller refinansiering og i hvor fornuftig låneformålet fremstår. Det har blitt godtatt strammere økonomi i de tilfeller hvor låneforholdet stammer fra for eksempel kjøp av bolig enn hvor det har gått til forbruk.

I punkt 3.4 er renteøkning nevnt som et av områdene vi kanskje vil se et økt antall saker knyttet til frarådningsplikten om, og det går jo helt klart på låntakers økonomiske evne. Jeg har ikke funnet noen saker der § 47 har vært knyttet opp mot renteøkning. Det kan likevel være interessant å se på hvor høy rente finansinstitusjonene kalkulerer med i forhold til frarådningsplikten.

I sitt sammendrag av boliglånsundersøkelsen 2006 skriver Kredittilsynet at de fleste bankene operer med en sikkerhetsmargin på renteøkning på 4-5 prosentpoeng, mens noen

er nede på 2-3.⁷¹ Et ikke nærmere definert ”flertall” av bankene informerte rutinemessig om konsekvensene av renteøkning. En renteøkning på 5 prosentpoeng på et lån på 2 millioner kroner utgjør 100 000 kroner i året før skattefradrag, og det er klart at dette vil utgjøre en stor forskjell for en gjennomsnittlig husholdning. Det gjenstår likevel å se om man vil få et stort antall saker knyttet til manglende frarådning i forhold til renteøkning opp for Bankklagenemnda og rettsvesenet.

7.2.2 Andre forhold

”Andre forhold på låntakers side” favner etter ordlyden svært vidt. Det er likevel kun ett eksempel som er nevnt i forarbeidene, hvor finansinstitusjonen i forbindelse med lån til kjøp av bolig oppdager at kunden er i ferd med å betale betydelig over markedspris for denne.⁷² Det er vist til en fransk høyesterettsdom fra 1993 hvor et ektepars gjeld ble lempet blant annet fordi långiver ble antatt å ha hatt kjennskap til misforholdet mellom pantelånet og panteobjektets (boligens) verdi. Så vidt jeg kan se bringer dette opp et spenningsforhold mellom to ulike aspekter av bankers virksomhet; Utlånsvirksomhet og rådgivningsvirksomhet. Et eventuelt rådgivningsansvar har også en side mot opplysningsplikten, se punkt 4 om denne. I tillegg til vurderingen av hvorvidt banken generelt er pliktig til å vurdere lånets formål, vil jeg også under et eget punkt ta opp sinnssykdom som en faktor ved frarådningsplikten.

7.2.2.1 Grensen mot rådgivningsvirksomhet/vurdering av lånets formål

Kommisjonens henvisning til den franske dommen synes å pålegge banken et svært omfattende ansvar. Ikke bare skal den sjekke at låntakers økonomi tåler et låneopptak av den aktuelle størrelse, men finansinstitusjonen skal tydeligvis også sjekke det økonomiske holdet i investeringen som skal foretas med lånet. En frarådningsplikt som gis en slik

⁷¹ Sammendrag av boliglånsundersøkelsen 2006

⁷² NOU 1994:19 side 54

rekkevidde er i form mer likt finansrådgivning enn ren utlånsvirksomhet, noe som stiller strenge krav til banken, jfr. blant annet Rt. 2000 side 679 (Investa).

I NOU⁷³ skriver Banklovkommisjonen at det har vært foretatt en vurdering av tre ulike typer av regler for å motvirke at låntakere tar opp lån med en markert risiko for senere mislighold, henholdsvis regler om rådgivningsansvar, frarådningsplikt og kredittprøving. Denne klare oppdelingen tyder på at en plikt til generell finansrådgivning ikke var ment å falle inn under frarådningsplikten. Hagstrøm er kritisk til kommisjonens bruk av den franske dommen som eksemplifisering av hva som må være bankens plikt etter ”andre forhold på låntakerens side”. Han skriver at ”utleggingen av fransk rett på dette punkt har vært nokså dristig, og at frarådningsplikten etter finansavtaleloven § 47 har fått en ganske annen rekkevidde enn de nevnte franske regler”.⁷⁴

Det er vanskelig å fastslå hva som er gjeldende rett her, siden teori og forarbeider synes å ha motstridende synspunkter, og spørsmålet ikke er avklart i praksis. Det kan se ut til at kommisjonen, slik de tolket den franske dommen, faktisk har ønsket å innføre en så streng frarådningsplikt. Mindretallet har likevel ikke i sin begrunnelse for finansavtaleloven § 47 uttalt seg spesifikt om forholdet til finansrådgivning.⁷⁵ Det er dessuten eksplisitt sagt at hovedformålet med frarådningsplikten er at låntakeren ikke ”tar opp lån som denne sannsynligvis ikke vil makte å betjene på vanlig måte”.⁷⁶ På den annen side igjen uttaler mindretallet at institusjonen bør ha en frarådningsplikt også dersom ”forholdet fremstår som tvilsomt”⁷⁷, uten å eksemplifisere dette nærmere. Da er man igjen tilbake ved rådgivningsperspektivet.

⁷³ NOU 1994:19 side 53

⁷⁴ Hagstrøm (2003) side 167

⁷⁵ NOU 1994:19 side 54-56

⁷⁶ NOU 1994:19 side 54

⁷⁷ NOU 1994:19 side 54

Sannsynligvis er gjeldende rettstilstand en mellomting mellom vanlig finansiell rådgivning og et fullstendig ansvar for låneformålet lagt på låntaker. Grensen må dras i rettspraksis, og den har foreløpig vært sparsom på dette punkt, men det finnes noen få saker. I tillegg finnes det noe praksis fra før finansavtalelovens ikrafttredelse, og momenter herfra som trekker i retningen av en utvidet plikt for finansinstitusjonen vil sannsynligvis også bli vektlagt ved en vurdering etter § 47. Dette fordi bankens eventuelle frarådningsplikt i alle fall ikke har blitt gitt en lavere terskel med formuleringen ”andre forhold”, men tvert imot nok har åpnet for en mer omfattende frarådningsplikt. I BKN-98015 refererte nemnda fra en dom fra svensk Høyesterett fra 1996, og støttet seg på denne. Det ble blant annet uttalt at det ikke var bankens oppgave å prøve den forretningsmessige siden ved et engasjement, og det fantes ingen prinsipiell plikt til å fraråde en kunde å engasjere seg i forretningsvirksomhet. Nemnda uttaler likevel at lånet må bygge på en viss forretningsmessig realisme. I BKN-91111⁷⁸ gjaldt lånet et uvanlig forretningsprosjekt med bare utgiftssidene klare. Dessuten var låntaker 81 år gammel og uten forretningsmessig erfaring. Nemnda kom til at låneopptaket skulle vært frarådet.

En plikt for finansinstitusjonen til å vurdere lånets formål har en grense mot undersøkelsesplikten.⁷⁹ Men mens undersøkelsesplikten er selve fremskaffelsen av opplysninger på låntakers side, er det her snakk om vurderingen av disse utover hva angår økonomisk evne. I BKN-02024 synes Bankklagenemnda å mene at det ved marginale lån, altså hvor låntakers økonomi kommer på et bristepunkt, er en videre plikt for finansinstitusjonen til å vurdere lånets formål enn ellers. I den aktuelle saken hadde låntaker allerede en høy gjeld i forhold til sin inntekt, men dersom han hadde hatt behov for lånet til ”nødvendige formål” hadde utlån likevel vært greit. Siden lånet gikk til forbruk fant nemnda at plikten etter § 47 her var brutt.

Selv om långiver etter dette har en viss plikt til å vurdere også lånets formål, strekkes ikke dette til å inkludere hva lånet faktisk ble brukt til. I dommen LE-2003-14787 ble formålet

⁷⁸ Se også RG-1995-400, som omhandler samme sak

⁷⁹ Se punkt 4

oppgitt til å være oppussing av et hundehotell, mens pengene rent faktisk ble brukt til aksjer. Saken omhandlet uansett ikke et forbrukerforhold, men retten uttaler om § 47 at det er ”formålet som er oppgitt ved låneopptaket som er avgjørende, ikke hva lånet faktisk er benyttet til”. Det samme gjelder i BKN-06092, hvor et lån tatt opp til utbedring av bolig ble brukt til bilkjøp. Nemnda mente at det kunne ikke være bankens risiko. Jeg er enig i rettens og nemndas vurdering i disse to sakene, da en slik oppfølgingsplikt lett kan bli for vidtrekkende. Se likevel redegjørelsen for etterfølgende undersøkelsesplikt i punkt 5, blant annet omtalen av BKN-05122.

7.2.2.2 Sinnssykdom

Sinnssykdom og andre mentale forstyrrelser er en egen ugyldighetsgrunn etter ulovfestet rett. Denne mangelen kan påberopes også overfor godtroende adressat, men er betinget av at det dispositive utsagnet er motivert av sykdommen.⁸⁰ I alle fall deler av de ugyldighetstilfeller som rammes av den ulovfestede regel vil også falle inn under lovfestede tilfeller, selv om den ulovfestede regelen har lengst rekkevidde.⁸¹ Dette kan være for eksempel avtaleloven § 33, da det må være opplagt at kontrahering med sinnssyke *kan* føre til at avtalen er i strid med ”redelighet eller god tro”. Jeg vil også anse sinnssykdom som relevant under ”andre forhold” i finansavtaleloven § 47. Kravet er at vi står foran et forhold på låntakers side som gjør at denne ”alvorlig bør overveie å avstå fra å ta opp lånet”, noe som vel ikke er utenkelig i en slik sammenheng. Jeg har ikke lyktes i å finne saker der sinnssykdom er knyttet opp til den lovfestede frarådningsplikten, og det er kanskje også tvilsomt om det vil bli veldig mange av disse, med bakgrunn i at de ulovfestede reglene har lengst rekkevidde.

⁸⁰ Hov (2002) side 232-233

⁸¹ Hov (2002) side 255

BKN-04016 omhandler en låntakers opptak av to lån på til sammen 445 000 kroner, med en inntekt på kroner 94 500⁸². Inntekten i forhold til gjeldsforpliktelsene gjorde at nemnda fant låneopptaket irrasjonelt, og støttet opp av legeerklæringer om låntakers sykdom fant de avtalene ugyldige. Dette var likevel ikke knyttet opp mot finansavtaleloven. I et annet tilfelle av sinnssykdom, BKN-04066, var klager kausjonist. Kausjonen ble satt til side på bakgrunn av avtaleloven § 36, men nemnda uttalte at også finansavtalelovens bestemmelser kunne fått anvendelse.

7.3 Når inntreffer frarådningsplikten?

Finansavtaleloven § 47 statuerer frarådningsplikt når långiver ”må anta” at låntaker ”alvorlig bør overveie” å avstå fra å ta opp lånet. Problemstillingen her er hva som må til for at skranken/terskelen skal være overskredet, og hvilket tidspunkt dette skal vurderes på? Og er skrankene de samme for alle kunder med lik økonomisk situasjon, eller må det tas hensyn til ulike forutsetninger hos ulike kunder i forhold til vurderingen av sin egen situasjon? For det siste spørsmålet, se også omtalen av BKN-03071 under punkt 4.

7.3.1 Tidspunkt

Som jeg gjennomgikk under punkt 6, kan en frarådningsplikt hjemlet i lojalitetsplikten eller avtaleloven § 36 i utgangspunktet påberopes under hele kontraktsløpet. Annerledes er dette etter finansavtaleloven § 47, hvor frarådningsplikten er aktuell fra før låneavtale inngås og frem til lånet utbetales. Forarbeidene uttaler at det i første rekke er tidspunktet for avtalens inngåelse som er avgjørende.⁸³ I tiden mellom innvilgelse og utbetaling av lånet har finansinstitusjonen også frarådningsplikt, men denne er betinget av at institusjonen ”får opplysninger” som tilsier at låntaker ikke bør ta opp lånet. Det kan tyde på at selgeren etter

⁸² Det er i uttalelsen oppgitt to forskjellige inntekter, henholdsvis 94 500 og 194 500, hvorav én må antas å være en inkurie. På bakgrunn av de øvrige argumenter i uttalelsen legger jeg til grunn at det er den første summen som er korrekt.

⁸³ NOU 1994:19 side 55

inngåelse av kontrakten ikke har noen selvstendig undersøkelsesplikt men kan forholde seg til opplysninger som eventuelt måtte komme inn på låntakers eller andres initiativ.

Selv om en bindende avtale allerede var inngått må låntaker som hovedregel ha rett til å gå fra avtalen i tilfeller hvor han blir frarådet denne etter avtaleinngåelse. Dette kan også utledes analogisk av reglene om førtidig tilbakebetaling i § 53. Noe annet ville gjort en frarådningsplikt i tiden mellom avtaleinngåelse og utbetaling rent illusorisk. Et spørsmål som nok er mer uklart er om en endring i situasjonen i perioden mellom avtaleinngåelse og utbetaling som gjør at banken må fraråde lånet også vil gi *banken* en rett til å gå fra avtalen, uavhengig av om låntaker ønsker å opprettholde denne eller ikke.

Forarbeidene er tause her, og så langt jeg har kunnet se har det ikke vært oppe noen tilsvarende saker i Bankklagenemnda eller for domstolene. Det faktum at låntaker kan velge å gå ifra sine forpliktelser vil si at han kun har vært betinget (av at lånet ikke blir frarådet før utbetaling) bundet av avtalen. Selv om det i forbrukeravtaler er klart at forbruker som den svake part har utvidede rettigheter i forhold til om partene hadde vært likestilte, er det etter min mening ikke noe grunnlag for å si at dette strekkes så langt som til at den betingede bindingen kun er aktuell for forbrukers vedkommende.

Finansinstitusjonene driver etter forretningsmessige prinsipper, og det vil da være urimelig om de etter å ha fått nye opplysninger om for eksempel økonomiske forhold på låntakers side som tilsier at han ikke kan betjene lånet på vanlig måte ikke skulle ha rett til å gå ifra avtalen. Dessuten vil en plikt for finansinstitusjonen til å opprettholde låneavtalen også kunne virke motsatt av forarbeidenes uttalte hovedmål ved frarådningsplikten, som er å hindre låntaker i å oppta lån han sannsynligvis ikke vil klare å betjene på vanlig måte.⁸⁴

Selv om det er avtaleinngåelsestidspunktet, eventuelt tiden frem til utbetaling, som skal legges til grunn, må det også tas hensyn til ”kjente og sannsynlige fremtidige regelendringer eller endringer i låntakerens situasjon”.⁸⁵ Regelendringer kan være for

⁸⁴ NOU 1994:19 side 54

⁸⁵ NOU 1994:19 side 55

eksempel i forhold til skattereglene. Det må imidlertid kreves i disse tilfellene at de aktuelle endringene representerer en ”markert risiko sett fra låntakerens side”. Se mer om dette i punkt 5.

7.3.2 Terskel

Terskelen for frarådning er at finansinstitusjonen ”må anta” at låntaker ”alvorlig bør overveie å avstå fra å ta opp lånet”, jfr. finansavtaleloven § 47. De ulike momentene som her kommer inn må i første rekke fastsettes gjennom kravene til økonomisk evne eller andre forhold, jfr. punkt 7.2.1 og 7.2.2. Problemstillingen er hvor alvorlig situasjonen må være, og med hvilken sannsynlighet finansinstitusjonen må vurdere alvorligheten til å inntreffe før den har plikt til å fraråde?

Disse spørsmålene har nær sammenheng med hverandre; jo mer alvorlig den økonomiske situasjonen er, desto mer nærliggende er det også for finansinstitusjonen å anta at låntaker ikke kan oppfylle sine forpliktelser. Finansinstitusjonens vurdering av alvoret, at de ”må anta” at låntaker bør avstå fra låneopptaket, har også en side mot undersøkelsesplikten. Ut ifra ordlyden ”må anta” vil jeg tro at også forhold institusjonen burde ha undersøkt, men ikke gjorde, må telle med i en etterfølgende vurdering av om frarådningsplikten er overholdt.

NOU gir noe veiledning, men mer i form av generelle størrelser enn av eksakte eksempler. Når det gjelder alvorlighetskravet var dette før finansavtaleloven knyttet opp mot at lånet måtte være et ”håpløst foretagende”. Slik det fremstår i rettspraksis tilsa dette en svært høy sannsynlighet for at forholdet skulle mislykkes/lånet misligholdes før en frarådningsplikt kunne statueres. Som eksempel kan nevnes Rt. 2003 side 1252, hvor Høyesterett uttaler at dette dreier seg om ”heilt særskilde situasjonar”.

Hovedformålet med den lovfestede frarådningsplikten var ”å hindre at låntakeren tar opp lån som denne sannsynligvis ikke vil makte å betjene på vanlig måte”.⁸⁶ Det synes altså som aktsomhetskravet (”må anta”) er knyttet opp mot en ren sannsynlighetsovervekt. En sannsynlighet for om låntaker klarer eller ikke klarer å betjene sitt lån på vanlig måte må da igjen ha sammenheng med hvilken økonomisk situasjon som må aksepteres på låntakers side. Kan det for eksempel være greit å legge opp til at en familie skal ta opp et lån som vil sette den ut av stand til å reise på ferier, kjøpe sportsutstyr til barna, spise vanlig varmmat til middag eller takle en uventet tannlegeregning, og i tillegg regne det som sannsynlig at familien takler dette og betaler lånet i henhold til planen? Som nevnt i punkt 7.2.1 har domstolene og ikke minst Bankklagenemnda lagt opp til at en meget stram privatøkonomi må være greit, noe avhengig av lånets formål. Så vidt jeg har kunnet se har det likevel ikke vært nevnt eksakte punkter om hva som må aksepteres av forsakelser og ikke, og vi er da igjen tilbake ved en helhetsvurdering.

For hypotetiske eller fremtidige forhold stilles det større krav til sannsynligheten enn en ren sannsynlighetsovervekt. Kjente og fremtidige regelendringer skal tas med i vurderingen av låntakers økonomi, og i disse tilfellene stilles det krav om at forholdet representerer en ”markert risiko” sett fra låntakers side.⁸⁷ Det er vanskelig å sette opp noen grad av sannsynlighet her, men ”markert risiko” må i alle fall innebære vesentlig mer enn en ren sannsynlighetsovervekt.

7.4 Formkrav

Dersom finansinstitusjonen først finner at lån skal frarådes, er den pålagt å gjøre dette skriftlig, jfr. finansavtalelovens § 47. Dette i motsetning til frarådningsplikten før finansavtaleloven, hvor rettsregler eller praksis ikke statuerer noe formkrav.

Finansavtaleloven inneholder på en rekke punkter krav om skriftlighet. Dette inkluderer krav om at opplysninger skal gis skriftlig, krav om at ulike former for meldinger skal gis

⁸⁶ NOU 1994:19 side 54

⁸⁷ Se punkt 5 og NOU 1994:19 side 55

skriftlig, og krav om at de enkelte finansavtalene skal inngås skriftlig. Skriftlighetskravet må antas satt fordi dette er en bedre måte å markere alvorret ved vedkommende avtale på overfor forbruker, og ikke minst fordi vil det være lettere å etterprøve om kravene ble oppfylt.⁸⁸

Det kan likevel stilles spørsmål ved hvor effektivt og heldig et skriftlighetskrav er. Ofte vil en forbruker ha mer nytte av veiledning enn av et standard informasjonsskriv, og dessuten er det gjerne de som trenger veiledning mest som er minst tilbøyelige til å lese det de får av skriftlig informasjon.⁸⁹ Det er også betenkelig at finansinstitusjonen har oppfylt sin plikt bare den skriftlige informasjonen/frarådningsen er gitt. Det eksisterer for eksempel ingen krav om oppfølging for å forsikre seg om at låntaker faktisk forstår hva den mottatte informasjonen innebærer.

Av interesse i denne sammenheng er BKN-03108, hvor Bankklagenemnda kommer til at banken hadde en frarådningsplikt. Banken hadde skaffet seg en salgsfullmakt fra låntaker som ga banken rett til å selge boligen ved mislighold. Nemndas flertall mente at ”en skriftlig erklæring om at klager alvorlig bør overveie å avstå fra å ta opp lånet neppe var noe særlig sterkere signal enn salgsfullmakten banken avkrevde hans underskrift på”. Selv om det ikke klart konkluderes, synes nemndas flertall å mene at frarådningsplikten etter omstendighetene kan være oppfylt gjennom andre handlinger som indikerer at låneopptaket er risikofylt, selv om en direkte frarådning ikke er foretatt.

Jeg stiller meg noe tvilende til denne enkeltavgjørelsen fra nemnda, og er tilbøyelig til å slutte meg til nemndas mindretall. Mindretallet uttaler blant annet at ”en skriftlig frarådning fra långiver gir andre og klarere signaler til låntaker [enn en salgsfullmakt]”, i tillegg til at en skriftlig frarådning har et helt annet formål enn en salgsfullmakt, som har som formål å utvide sikkerheten for långiver. Etter min mening uthuler denne avgjørelsen § 47; paragrafen sier helt klart at dersom lånet bør frarådes skal låntaker skriftlig underrettes om

⁸⁸ Hansen (2005) side 248

⁸⁹ Hagstrøm (2003) side 165

dette. Meningen er her å gi låntaker en helt klar beskjed om at dette lånet frarådes, og å akseptere alternative antydninger om det samme anser jeg å være en innskrenking av vernet av forbruker som den svake part. Etter min vurdering vil ikke denne avgjørelsen bli fulgt opp av domstolene.

I tillegg til håndskrevet eller trykt melding om frarådning, inkluderes også elektronisk kommunikasjon som skriftlig, jfr. finansavtaleloven § 8. Kontakten kan foregå ved elektronisk kommunikasjon *dersom kunden ønsker det*. Dette innebærer at kunden alltid kan henvende seg til finansinstitusjonen via e-post, mens det for kommunikasjon den andre veien kreves at kunden faktisk har akseptert denne kommunikasjonsformen. At kunden selv har henvendt seg til finansinstitusjonen via e-post, må kunne ses som en slik aksept.⁹⁰

7.5 Virkning av manglende frarådning

Virkningen av at frarådning ikke er utført i et pålagt tilfelle er lemping av forpliktelsene ”så vidt dette finnes rimelig”, jfr. § 47 i.f. Dette medfører at avtalen som sådan ikke blir ansett ugyldig, men at en lemping foretas så vidt dette blir ansett som rimelig. I forhold til den tidligere rettstilstand er nok dette en innskrenking av sanksjonsmulighetene. Etter for eksempel avtaleloven § 36 kan sanksjonene være både hel eller delvis tilsidesettelse av avtalen eller en endring av denne. Det er etter finansavtaleloven for så vidt ikke bare manglende frarådning som kan føre til lemping, men også om denne var for vag.⁹¹ Jeg har ikke funnet tilfeller hvor finansinstitusjonen har blitt felt på dette punkt. Se likevel omtale av BKN-06101 under punkt 3.1. I det følgende skal jeg se på hvilke momenter som skal vektlegges, hvordan den konkrete rimelighetsvurderingen skal foretas, samt hvilken grad av lemping som er aktuelt.

⁹⁰ Bergh (2000) side 327

⁹¹ NOU 1994:19 side 56

7.5.1 Momenter som skal vektlegges

Formålet med lempingen er å sanksjonere og dermed effektivisere den forebyggende regelen i finansavtaleloven § 47 første punktum. Det må likevel kreves tilstrekkelig sammenheng mellom institusjonens manglende frarådning og de inntrådte betalingsproblemene. Det vil for eksempel si at dersom låntaker uansett hadde vært ansvarlig for fordringen av andre grunner, er det irrelevant at den likevel burde vært frarådet, se punkt 7.5.2.

Banklovkommisjonen nevner ulike momenter som skal vektlegges ved lempingsvurderingen, blant annet hvor grov overtredelsen av frarådningsplikten var og i hvilken grad låntaker selv kan bebreides.⁹² Videre kan lempingen reduseres dersom låntaker selv må ha forstått at han ikke ville kunne betjene lånet, og utelukkes dersom han bevisst har gitt finansinstitusjonen uriktige opplysninger om egne økonomiske forhold. Lempingen kan bestå av for eksempel reduksjon av restfordringen, forlenging av nedbetalingstid, nedsettelse eller bortfall av rente, eller en kombinasjon av de ulike typene.⁹³

7.5.2 Den konkrete rimelighetsvurderingen

Praksis har vist at de nevnte momenter ikke kan ses som noen uttømmende liste ved rimelighetsvurderingen, men at en konkret helhetsvurdering i hvert enkelt tilfelle må legges til grunn. BKN-03108 omhandlet en låntaker som fikk innvilget lån på etter hvert kroner 1,6 millioner til oppussing av sitt barndomshjem. Det forelå usikkerhet rundt både låntakers framtidige lønnsinntekter og leieinntektene ved utleie av deler av oppussingsobjektet. I tillegg var det relevant at låntaker ville være godt inne i pensjonsalder ved slutten av lånets løpetid. Nemnda kom derfor til at frarådningsplikten ikke var overholdt. Nemndas flertall valgte likevel å ikke lempe låntakers forpliktelser i forhold til banken. Dette ble begrunnet med at selv om låntaker hadde tapt 400 000 i egenkapital så hadde prosjektet i seg selv ikke

⁹² NOU 1994:19 side 56

⁹³ NOU 1994:19 side 56

medført at klager kom i gjeldsproblemer. Det ble derfor ikke ansett rimelig å knytte rettsvirkninger til den manglende overholdelsen av frarådningsplikten.

Ved rimelighetsvurderingen kan det også legges vekt på etterfølgende forhold. I BKN-06101 hadde verdien på boligen klager kjøpte steget i etterkant av investeringen. Hun hadde således hatt en økonomisk fordel av lånet, og Bankklagenemnda kunne derfor ikke se at det skulle være rimelig å lempe hennes forpliktelser til banken. I BKN-05122 nevnes også at klager uansett utfall av saken ikke har sannsynliggjort noe økonomisk tap som han kan kreve erstattet av banken.

En del av rimelighetsvurderingen etter finansavtaleloven § 47 vil også gå på om låntakers økonomiske situasjon faktisk ville vært annerledes dersom lånet hadde vært frarådet. I BKN-05121 var saksforholdet at låntaker tidligere hadde tatt opp et lån sammen med sin daværende samboer. Dette lånet ble misligholdt, og klager tok deretter opp et lån alene som skulle dekke innfrielsen av hele det opprinnelig felles lånet, da tidligere samboer ikke kunne stille tilfredsstillende sikkerhet. Samtidig ble bankens pant i låntakers hytteeiendom utvidet fra halve til hele lånesummen. Bankklagenemnda ser ikke bort ifra at banken isolert sett kunne hatt en frarådningsplikt ved et slikt låneopptak. I dette konkrete tilfellet fant nemnda det likevel ikke rimelig å lempe låntakers forpliktelser. Grunnen var at hun uansett kunne blitt holdt ansvarlig for hele lånesummen da hun sammen med sin tidligere samboer var solidarisk ansvarlig for lånet. Når det gjaldt den utvidede pantsettelsen kom nemnda til at denne heller ikke endret låntakers faktiske situasjon mye. Banken kunne uansett skaffet den overskytende summen gjennom utlegg (tvangspant) i hytta.

En lignende situasjon var oppe i Borgartings kjennelse LB-2005-97374. Låntaker hadde her tatt opp flere lån som gikk til å refinansiere et firmas gjeld. Lånesummen var høy i forhold til låntakers inntekt, og kunne isolert sett ha gitt banken en frarådningsplikt etter § 47 overfor henne. Det avgjørende for retten var likevel at låntakers situasjon ikke endret seg i særlig grad ved låneopptaket. Hun hadde allerede et ansvar for firmaets gjeld, i form av å være kausjonist, og banken kunne like gjerne ha innfridd sine pant i hennes eiendeler

og på den måten fått dekket inn sitt utestående. Det var der derfor ikke rimelig med en lemping.

Begge de sistnevnte sakene gjelder forhold hvor låntaker materielt sett uansett ville vært forpliktet. Men hva med tilfeller hvor låntaker uansett ikke ville rettet seg etter en frarådning? I LB-2002-3697, som gjaldt en avtale fra før finansavtaleloven og med lån opptatt til næringsformål, hadde man en slik situasjon.⁹⁴ Retten vurderte det slik at låntaker var en viljestærk person som uansett ikke ville fulgt en eventuell frarådning. Selv om en slik avgjørelse i og for seg kan virke rimelig, så åpner den for svært vanskelige bevisvurderinger i forhold til å avgjøre hvordan låntaker ville reagert på en hypotetisk frarådning opptil mange år i ettertid.

En annen del av rimelighetsvurderingen etter § 47 er hvem verdien av en eventuell lemping tilfaller. Det har vært eksempler på saker hvor nemnda har kommet til at frarådningsplikten var brutt men likevel ikke har lempet forpliktelsene fordi gevinsten av dette ikke ville tilfalle opprinnelig låntaker. I BKN-03140 fant Bankklagenemnda at banken hadde forsømt sin frarådningsplikt.⁹⁵ Når nemnda likevel ikke fant det rimelig å lempe låntakers forpliktelser var dette begrunnet i at låntaker var død, og at det dermed kun var hennes arvinger som fikk nyte godt av en eventuell gjeldsnedsettelse. Dette fremstod etter nemndas mening ikke som rimelig. Et lignende tilfelle var oppe i BKN-91111.

Jeg stiller meg noe tvilende til om det faktum at opprinnelig låntaker er død, gjør at lemping ikke er rimelig. Dette gir banken en tilfeldig fordel, og etter min mening burde en konkret rimelighetsvurdering i slike tilfeller heller falle ned på at en lemping må tilfalle låntakers arvinger. Det ville sannsynligvis i de fleste tilfeller også ha vært i låntakers interesse.

⁹⁴ Se punkt 6.3 for mer om dommens faktum

⁹⁵ Se punkt 7.2.1 for dommens faktum

Også kritikkverdige forhold på låntakers side kan føre til at en lemping ikke anses som rimelig selv om lånet ellers skulle vært frarådet. Se i den forbindelse omtalen av BKN-05104 i punkt 7.2.1.

7.5.3 Graden av lemping

Selve lempingen kan som nevnt ovenfor i 7.5.1 skje på flere måter. Banklovkommisjonens mindretall nevner reduksjon av restfordringen, bortfall eller reduksjon av renten eller forlenget nedbetalingstid, eventuelt en kombinasjon av disse.⁹⁶ Lempingen er som beskrevet i forrige punkt basert på en helhetsvurdering hvor rimelighet står sentralt. Dette kan variere mye fra tilfelle til tilfelle og det er derfor vanskelig å oppstille klare regler.

Som eksempel kan nevnes BKN-02024 hvor lånebeløpet ble lempet med det halve, da rimelighetsbetraktninger om at låntaker ikke kunne fritas for et lettsindig valg førte til at han selv i alle fall måtte være ansvarlig for halve lånet. I BKN-04108 ble banken funnet å skulle dekke 250 000 kroner av klagers tap på totalt kroner 550 000. Dette ble resultatet etter en samlet vurdering av klanderverdige forhold på begge sider.

7.6 Spesielle typer låneavtaler

Det er noen typer låneavtaler og finansinstitusjoner som kan ligge litt på siden av det som opprinnelig var tiltenkt ved lovfesting av frarådningsplikten, men som likevel kan utløse denne plikten. Jeg skal her gå inn på et utvalg av disse for å se på hvordan prinsippene bak frarådningsplikten virker inn på lån som ligger litt utenfor den typiske låneavtale.

7.6.1 Sosiallån

1. januar 2005 trådte et nytt fjerde ledd i finansavtaleloven § 1 i kraft. Ved denne bestemmelsen ble finansavtalelovens kapittel 3, som inkluderer frarådningsplikten, gjort

⁹⁶ NOU 1994:19 side 56

gjeldende også for alle lån hvor långiver er en kommune eller en fylkeskommune. Med dette ble også lån fra kommunenes sosialkontor til innbyggerne, såkalte sosiallån, gjenstand for frarådningsplikt tilsvarende den som ligger til finansinstitusjonene ved utlån.

I høringen til lovendringen var flere av instansene spesielt skeptiske til å inkludere sosiallån, ikke minst i de tilfellene der låntaker allerede var avvist av andre kredittinstitusjoner.⁹⁷ Grunnen til dette må formodentlig være sosiallånets karakter. Ifølge sosialtjenesteloven⁹⁸ § 5-4 jfr. § 5-1 gis slikt lån til personer som ”ikke kan sørge for sitt livsopphold gjennom arbeid eller ved å gjøre gjeldende økonomiske rettigheter”. Det er ikke tale om lån som gis for å skaffe långiver profitt, men derimot for å støtte personer som ellers ikke har mulighet til å skaffe midler til livsopphold fra andre kilder. Disse blir også gitt på svært gunstige vilkår.⁹⁹ I tillegg kommer kostnadene ved å innføre rutiner for og kunnskap om frarådningsplikt i kommunene. Dette er momenter som talte imot å gjøre frarådningsplikten gjeldende også for sosiallån.

På den annen side gis sosiallån til låntakere som er i en særdeles utsatt situasjon. De er ofte avvist av andre långivere, eller har i alle fall dårlig likviditet og begrensede midler til å underholde seg selv. Av den grunn kan kanskje disse låntakerne faktisk være av de som har det sterkeste behovet for den utvidelsen i forbrukerbeskyttelse som en frarådningsplikt er. Selv om kostnadene ved innføringen av en frarådningsplikt også må regnes med, antok departementet at disse ikke vil bli særlig store, på bakgrunn av at man må kunne forutsette at kommunene allerede har brukbare rutiner på utlån.¹⁰⁰ Blant annet var det allerede en regel i sosialtjenesteloven § 5-4 annet ledd om at ”stønad i form av lån bør vurderes i forhold til om stønadsmottakeren vil bli i stand til å tilbakebetale lånet”. I tillegg kunne

⁹⁷ Ot.prp.nr. 38 (2003-2004) Om lov om endringer i lov av 18. mai 1979 nr. 18 om foreldelse av fordringar og finansavtalelova m.m. side 31

⁹⁸ Lov om sosiale tjenester m.v. (sosialtjenesteloven) av 13. desember 1991 nr. 81

⁹⁹ Ot.prp.nr. 38 (2003-2004) side 32

¹⁰⁰ Ot.prp.nr. 38 (2003-2004) side 32

finansavtalelovens andre regler samt de ulovfestede reglene om lojalitetsplikt uansett anvendes på sosiallån også før denne lovendringen.

Jeg har ikke funnet noen eksempler på at frarådningsplikt ved sosiallån har vært oppe i rettspraksis, og heller ingen indikasjoner på om utlånsrutinene hos kommunene har endret seg etter at loven ble endret. Det er likevel mulig å tenke seg innvirkninger lovendringen kan ha. Et resultat av endringen kan være at kommunene blir langt mer restriktive med å innvilge sosiallån. Ordningen i seg selv tilsier jo at de som søker har svak økonomi, og når da regelverket blir mer restriktivt med tanke på frarådning og lemping av lånet er sjansen enda større for avslag på lånesøknaden.

På den annen side kan dette igjen føre til at en større andel av sosialstøtten gis som bidrag istedenfor lån, jfr. sosialtjenesteloven § 5-4 første ledd. Mottakere av sosialhjelp har krav på å få de helt grunnleggende behov dekket, og kan ikke dette gis som lån så er kommunen pliktig til å isteden gi bidrag, varer eller tjenester. Jeg skal ikke gå nærmere inn på reglene rundt sosialhjelp her, men konkluderer med at innføringen av frarådningsplikt også for sosiallån er en utvikling i retning av enda mer forbrukervennlig lovgivning. Dette særlig siden kommunen i de tilfeller hvor låntaker virkelig trenger pengene vil være pliktig til å gi dette som bidrag dersom lånet må frarådes etter finansavtaleloven § 47.

7.6.2 Fleksilån

Fleksilån, også kalt for eksempel boligkreditt og rammelån, har økt raskt i popularitet i Norge de siste årene. En undersøkelse fra Statistisk sentralbyrå viser at bankenes beholdning av slike utlån til husholdningene var på 107 milliarder kroner ved utgangen av februar i år, noe som er tredobling siden januar i fjor.¹⁰¹ Fleksilån er lån som tas opp med ledig kreditt i boligen, dog vanligvis med en låneramme innenfor 60-80 prosent av boligens verdi.¹⁰² Eksempelvis kan man ved en bolig med en lånetakst på 3 millioner kroner og en

¹⁰¹ Sterk vekst i rammelån med pant i bolig

¹⁰² Sterk vekst i rammelån med pant i bolig

restgjeld på 500 000 få innvilget en låneramme på 1,8 millioner innenfor 60 % av verdien. Fratrullet restgjelden har låntaker da 1,3 millioner til fri benyttelse.

Det spesielle med et slikt lån er at det ikke nødvendigvis utbetales ved avtaleinngåelse eller kort tid etterpå, men at låntaker har en løpende kreditt på dette beløpet, som gjerne kan bli stående urørt i flere år. Dessuten øker beløpet som er til fri benyttelse i takt med nedbetaling av boligen. Dersom låntaker i eksempelet over etter to år har nedbetalt for eksempel 150 000 til på boliglånet, har han da 1,45 millioner kroner til disposisjon.

Problemstillingen her er hvordan forholdet til frarådningsplikten blir dersom økonomi eller andre forhold på låntakerens side endrer seg i perioden fra avtalen er inngått (og frarådningsplikt underforstått er vurdert) og frem til låntaker ønsker å benytte seg av lånet, i og med at frarådningsplikten etter § 47 er aktuell helt frem til lånet utbetales. Dette spørsmålet er vanligvis ikke særlig praktisk ettersom utbetaling gjerne skjer forholdsvis kort tid etter avtaleinngåelse, men ved fleksilån kan det altså gå flere år før utbetaling skjer. I mellomtiden kan mye ha skjedd, for eksempel sviktende inntekter, andre låneforpliktelser, økt forsørgeransvar eller økte lånerenter. På utbetalingstidspunktet kan altså situasjonen være at lånet nå bør bli frarådet, selv om dette ikke var aktuelt ved avtaleinngåelsen. At lånet er gitt med sikkerhet i bolig og låntakers forpliktelser sånn sett alltid vil kunne dekkes er ikke relevant her, da forarbeidene til finansavtaleloven uttaler at frarådningsplikten er uavhengig av betryggende sikkerhet, siden låntaker skal kunne betjene lånet på "vanlig måte".¹⁰³ I hvilken grad kan man da pålegge finansinstitusjonen en plikt til å undersøke forholdene på nytt før utbetaling?

Heller ikke dette spørsmålet har så vidt jeg har kunnet finne vært oppe for Bankklagenemnda eller domstolene. Banklovkommisjonen uttaler at en frarådningsplikt gjelder frem til utbetaling dersom långiver etter avtaleinngåelse "får opplysninger" som innebærer en endring på låntakers side,¹⁰⁴ jfr. også punkt 7.3.1. Generelt må det da legges

¹⁰³ NOU 1994:19 side 54-55

¹⁰⁴ NOU 1994:19 side 55

til grunn at det ikke er tale om noen selvstendig aktivitetsplikt fra långivers side, men dersom låntaker eller andre opplyser om at låntaker for eksempel har mistet arbeidet eller har skaffet seg andre betydelige gjeldsforpliktelser bør det medføre at långiver må ta en ny vurdering. Det kan også tenkes at generelle forbrukerhensyn må tilsi at en avtale om fleksilån ikke kan løpe i uoverskuelig tid uten at långiver må foreta nye undersøkelser på eget initiativ. Det vil da sannsynligvis være snakk om ganske mange år, eller eventuelt svært omfattende generelle endringer i samfunnsøkonomien med boligkrakk eller lignende.

7.6.3 Kredittkjøp

Kredittkjøp, for eksempel kjøp av løsøre på kreditt eller avtale om kontokredittavtale,¹⁰⁵ faller i dag utenfor finansavtalelovens frarådningsplikt. Banklovkommisjonens mandat ble utvidet i fjor med tanke på å ”fremme forslag til lovendringer som pålegger utlåner frarådningsplikt etter mønster av finansavtaleloven § 47, også ved relevante former for utlån som reguleres av kredittkjøpsloven”.¹⁰⁶

I mellomtiden vil det være viktig å avgjøre hvor grensen mellom låneavtaler etter henholdsvis finansavtaleloven og kredittkjøpsloven går. Dette fordi finansavtalelovens § 44 (2) bestemmer at kapittel 3, og dermed også frarådningsreglene, ”gjelder tilsvarende for lignende kreditt, men likevel ikke for kreditt som omfattes av kredittkjøpsloven”. Begrunnelsen for dette er ifølge Ot.prp. punkt 9.2.1 at kredittkjøpsloven som spesiallov er bedre tilpasset disse spesielle typene kredittavtaler enn reglene i kapittel 3.

Det er ikke nødvendigvis så lett å avgjøre hvor denne grensen går. Den kreditttypen som nok er mest i grenseland mellom finansavtaleloven og kredittkjøpsloven er såkalt kontokjøp/kontokredittkjøp. Det karakteristiske ved kontokjøp er at kreditten gis som en løpende kreditt uten å være knyttet til et bestemt kjøp.¹⁰⁷ I lovkommentaren heter det også

¹⁰⁵ Lov om kredittkjøp m.m. av 21. juni 1985 nr. 82 § 1 første og annet ledd

¹⁰⁶ Banklovkommisjonen

¹⁰⁷ Norsk Lovkommentar til kredittkjøpsloven § 3 (2), note 18

at kort som vanligvis bare brukes som rene uttakskort antas å falle utenfor kredittkjøpsloven. Dette er lagt til grunn i BKN-02024. Kortet i denne saken kunne benyttes både til kontantuttak og til kjøp. I den aktuelle saken var kredittrammen dog kun disponert ved uttak, og Bankklagenemnda la derfor til grunn at ”forholdet ikke er et kontokredittkjøp etter kredittkjøpsloven, men må vurderes som et lån etter finansavtaleloven”.

Ett tilfelle som ble vurdert av Bankklagenemnda til å *ikke* falle inn under finansavtalelovens område var BKN-05154. Det var snakk om en kontokredittavtale på kroner 20 000. Avtalen ble etablert i forbindelse med klagers kjøp av et TV-apparat til kroner 6595, og dette ble avgjørende for at finansavtaleloven i alle fall ikke fikk direkte anvendelse på forholdet.

8 Konklusjon/avslutning

Banklovkommisjonen anså lovfestingen av frarådningsplikten ”i hovedsak å være en kodifisering av det som i dag følger av avtaleloven §§ 30, 33 og 36, samt av de ulovfestede rettsregler om lojalitetsplikt i kontraktsforhold.”¹⁰⁸ Som nevnt i punkt 7 var det likevel uttalelser hos både mindretall og flertall i kommisjonen som tydet på at en lovfestet frarådningsplikt ville medføre visse endringer.

Etter min mening har gjennomgangen vist at mange av de generelle vurderingsprinsippene er de samme etter eldre og nåværende rett. Disse må likevel ses i sammenheng med samfunnsutviklingen og rettsutviklingen generelt, som de siste tiår har lagt mer og mer vekt på å beskytte forbruker. Dette støttes av Høyesterett i Rt. 2003 side 1252, hvor det uttales at ”det i åra fra 1959 var ei rettsutvikling med sterkare vern av forbrukarinteressene” og ”[e]in långivar si frarådningsplikt var derfor meir omfattande i 1994 enn i 1959”. I forhold til frarådningsplikt ved forbrukeres låneopptak er det liten tvil om at finansavtaleloven har tatt denne enda et steg videre, jfr. blant annet Rt. 2003 s. 1252, hvor førstvoterende uttaler i avsnitt 30 at ”[f]inansavtalelova § 47 er på mange måtar ei nyskaping”. Dette er også lagt til grunn av Bankklagenemnda, blant annet i BKN-03140, hvor det uttales at ”det skjedde en endring i rettstilstanden i retning av å pålegge institusjonene større forpliktelser da finansavtaleloven trådte i kraft”.

Finansinstitusjonenes utvidede plikt gjenspeiles også i utgangspunktene for frarådningsvurderingen henholdsvis før og etter finansavtaleloven. Mens frarådnings tidligere tok utgangspunkt i om man stod overfor et ”håpløst foretagende”, går vurderingen

¹⁰⁸ NOU 1994:19 side 54

i dag på om finansinstitusjonen ”må anta” at låntaker ”alvorlig bør overveie å avstå fra å ta opp lånet”. Denne forskjellen i seg selv tilsier en lavere terskel for frarådningsplikten.

Selv om det meste taler for at forbrukernes rettigheter er styrket ved ikrafttreddelsen av finansavtaleloven har uttalelser i rettpraksis ikke vært helt entydige her. Blant annet uttaler lagmannsretten i LG-2006-35260, altså etter den nevnte Høyesterettsdom, at frarådningsplikten ”må anses som en kodifisering av krav som tidligere kunne utledes på annet grunnlag”. På bakgrunn av Høyesterettsdommen og annen praksis etter finansavtalelovens ikrafttredelse kan jeg likevel vanskelig se dette som noe annet enn en misforståelse fra lagmannsrettens side, eventuelt at kommentaren var tiltenkt at forholdene i akkurat det aktuelle tilfellet uansett ikke ville fått et annet utfall etter nye regler.

Ut ifra gjennomgangen har jeg særlig merket meg innføringen av et visst rådgivningsaspekt i frarådningsplikten utover hva økonomisk evne tillater,¹⁰⁹ samt en mulig etterfølgende undersøkelsesplikt.¹¹⁰ Disse tilfører begge noe nytt til frarådningsplikten, i tillegg til at omfanget av dem må kunne karakteriseres som meget uklart etter praksis så langt. Det vil bli interessant å se utviklingen videre på disse områdene.

¹⁰⁹ Se punkt 7.2.2.1

¹¹⁰ Se punkt 5

9 Litteraturliste

Lover

Norske Lov	Kong Christian Den Femtis Norske Lov av 15. april 1687
Grunnloven	Kongeriget Norges Grundlov av 17. mai 1814
Avtaleloven	Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer av 31. mai 1918 nr. 4
Dekningsloven	Lov om fordringshavernes dekningsrett av 8. juni 1984 nr. 59
Kredittkjøploven	Lov om kredittkjøp m.m. av 21. juni 1985 nr. 82
Finansieringsvirksomhetsloven	Lov om finansieringsvirksomhet og finansinstitusjoner av 10. juni 1988 nr. 40
Håndverkertjenesteloven	Lov om håndverkertjenester m.m. for forbrukere av 16. juni 1989 nr. 63
Sosialtjenesteloven	Lov om sosiale tjenester m.v. av 13. desember 1991 nr. 81
Gjeldsordningsloven	Lov om frivillig og tvungen gjeldsordning for privatpersoner av 17. juli 1992 nr. 99
Finansavtaleloven	Lov om finansavtaler og finansoppdrag av 25. juni 1999 nr 46

Forskrifter

FOR 2000-06-30 nr. 653	Forskrift om unntak fra og tilpasninger til lov 25. juni 1999 nr. 46 om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven) for Statens lånekasse for utdanning
------------------------	--

Forarbeider

Norges offentlige utredninger

NOU 1994:19	Finansavtaler og finansoppdrag
-------------	--------------------------------

Odelstingsproposisjoner

Ot.prp. nr. 41 (1998-1999)	Om lov om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven)
Ot.prp. nr. 38 (2003-2004)	Om lov om endringer i lov av 18. mai 1979 nr. 18 om foreldelse av fordringar og finansavtalelova m.m.
Ot.prp. nr. 23 (2006-2007)	Om lov om endringer i forbrukerkjøpsloven m.v.

Innstillinger

Innst.O. nr. 84 (1998-1999)	Innstilling fra justiskomiteen om lov om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven)
-----------------------------	---

Direktiver

87/102/EØF

Rådsdirektiv av 22. desember 1986 om tilnærming av medlemsstatenes lover og forskrifter om forbrukerkreditt

Praksis

Høyesterett

Rt. 1959 side 1048

Rt. 1984 side 28

Rt. 1984 side 248

Rt. 1988 side 1078

Rt. 1994 side 1288

Rt. 1995 side 245

Rt. 1995 side 1540

Rt. 2000 side 679

Rt. 2003 side 1252

Rt. 2004 side 156

Underretter

RG-1995-400

LB-2002-3697

LA-2002-477

LE-2003-5641

LE-2003-14787

LB-2005-97374

LG-2006-35260

Bankklagenemnda

BKN-91111

BKN-92045

BKN-93070

BKN-93109

BKN-95017

BKN-95037

BKN-95040

BKN-95063

BKN-97008

BKN-98015

BKN-99036	BKN-04016
BKN-00001	BKN-04108
BKN-02024	BKN-05104
BKN-02104	BKN-05122
BKN-03071	BKN-05133
BKN-03097	BKN-05154
BKN-03108	BKN-06092
BKN-03140	BKN-06101

Bøker

Eckhoff, Torstein	<i>Rettskildelære</i> . 5. utgave ved Jan E. Helgesen. Oslo, Universitetsforlaget, 2001
Hagstrøm, Viggo	<i>Obligasjonsrett</i> . Oslo, Universitetsforlaget, 2003
Hov, Jo	<i>Avtaleslutning og ugyldighet</i> . 3. utgave. Oslo, Papinian, 2002

Artikler

Bergh, Espen	<i>Finansavtaleloven – forbrukervern for bankkunder og nye regler i pengekravsretten</i> . I: Lov og rett. 2000, side 323-337
Hagstrøm, Viggo	<i>Betydningen av Bankklagenemndas uttalelser</i> . I: Bankklagenemndas praksis. 2. utgave. 2000, side 8-12
Hansen, Bjørn Eirik	<i>Finansinstitusjoners frarådningsplikt noen utviklingslinjer</i> . I: Tidsskrift for forretningsjus. Nr. 2 2005, side 234-259

Smith, Carsten

Om behovet for en banklovkommisjon. I: Det nye pengesamfunnet. Research on Banking, Capital and Society. Rapport nr. 4/1989

Vinje, Eirik H.

Forbrukerbegrepet i finansavtaleloven. I: Lov og rett. 2006, side 298-316

Annet:

Norsk lovkommentar:

Krüger, Kai

Kommentar til kredittkjøpsloven. Note 18. I: Norsk lovkommentar. Tilgang: <http://www.rechtsdata.no> [Sisert 05.03.07]

Avtaler:

Hovedavtale for
Bankklagenemnda

Tilgang:
<http://www.bankklagenemnda.no/pdf/Hovedavtale.pdf>

Rapporter:

*Tiltak for å bedre
informasjonstilbudet til
sluttbrukerne i finansmarkedet*

Rapport fra Forbrukerrådet, Forbrukerombudet og Kredittilsynet. 2004. Tilgang:
<http://www.kredittilsynet.no/archive/3ban/01/02/Rappo012.pdf>

Diverse:

*Årsberetning for
Bankklagenemnda 2006*

Tilgang:

<http://www.bankklagenemnda.no/pdf/Arsberetning%202006.pdf>

Norges Banks styringsrente

Tilgang: <http://www.norges->

[bank.no/pengepolitikk/styringsrenten/](http://www.norges-bank.no/pengepolitikk/styringsrenten/) [Sisert 07.03.07]

*Angående utlån til
husholdninger*

Brev fra Kredittilsynet til Finansdepartementet

21.12.2004. Tilgang:

<http://www.kredittilsynet.no/wbch3.exe?ce=13884>

[Sisert 25.03.07]

*Sterk vekst i rammelån med
pant i bolig*

Informasjon fra Statistisk sentralbyrå. Tilgang:

<http://www.ssb.no/orbofbm/> [Sisert 15.04.07]

Banklovkommisjonen

Informasjon om Banklovkommisjonen på

Finansdepartementets hjemmesider. Tilgang:

<http://www.regjeringen.no/fin/html/utvalg/utvalg34.html>

[Sisert 25.03.07]

*Sammendrag av
boliglånsundersøkelsen 2006*

Informasjon fra Kredittilsynet. Tilgang:

http://www.kredittilsynet.no/archive/stab_word/01/05/Samme031.doc [Sisert 13.04.07]

